

THÈSE DE
PARIS.
1888
N^o. 103.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU DIVORCE

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONVERSION DE LA SÉPARATION DE CORPS EN DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Gaston-Lucien-Marie MORAEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1888

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU DIVORCE

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONVERSION

DE LA

SÉPARATION DE CORPS EN DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

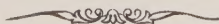
*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le mardi 10 juillet 1888,
à 3 heures*

PAR

Gaston-Lucien-Marie MORAEL

Président : M. BOISTEL

<i>Suffragants :</i>	{	MM. LÉVEILLÉ	}	<i>Professeurs.</i>
		GLASSON		
		JOBBÉ-DUVAL, Agrégé.		



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1888

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MES FRÈRES

A MON ONCLE ET A MA TANTE DESMYTTÈRE

A MON ONCLE ET A MES TANTES LETHIERRY

DROIT ROMAIN

DU DIVORCE

INTRODUCTION

1. — Les définitions que les textes classiques donnent du mariage semblent indiquer qu'aux yeux des Romains il était considéré comme une union indissoluble, devant durer jusqu'à la mort de l'un des époux.

Dans un texte célèbre, Modestin en donne la définition suivante : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (1). » C'est l'union se prolongeant pendant la vie tout entière qui, d'après ce jurisconsulte, est le signe distinctif du mariage et le sépare des unions inférieures (2).

La définition des *Institutes* n'est guère différente : « *Viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ con-*

(1) L. 1, D. *de Rit. nupt.*, 23, 2.

(2) Beaucoup d'auteurs n'appliquent cette définition qu'au mariage avec *manus*, mais cette controverse n'influe pas sur la portée de la citation, puisque, comme on le verra, le mariage ne se contractait pas au début sans *manus*.

suetudinem continens (1). » — « Le mariage est l'union faite avec l'intention de la perpétuer (2). »

D'autres textes emploient des expressions analogues, montrant que, dans la pensée des jurisconsultes, il doit durer aussi longtemps que l'existence de l'un des époux : *Societas vitæ est*, dit-on ailleurs; c'est une association de la vie (3).

Pour conformer ces définitions à la réalité des faits, il serait nécessaire d'y ajouter cette idée que le mariage dure éternellement, pourvu que les conditions dans lesquelles il a été conclu ne subissent aucune modification.

2. — Quelles sont en effet les conditions du mariage (4)? Il faut d'abord qu'une union physique soit possible, sinon réellement effectuée (5); il faut en second lieu que les deux conjoints soient citoyens romains; il faut enfin que le consentement au mariage ait été donné par les époux et par ceux en la puissance desquels ils se trouvent (6).

3. — De ces trois idées, les Romains firent logiquement sortir une triple conséquence, admise sans restriction au début, et contre laquelle il y eut dans la

(1) § 1, *Institutes*, de *Patr. potest.*, 1, 9.

(2) Cette traduction ne satisfait pas M. Accarias; elle ne fait pas, selon lui, ressortir suffisamment la différence entre le mariage et le concubinat; il propose d'entendre le texte des *Institutes* en ce sens que la femme prend le rang du mari. — *Précis de Droit romain*, 4^e édition, I, n° 79.

(3) L. 1, *Res. amot.*, 25, 2.

(4) Nous faisons abstraction de diverses autres conditions qu'il n'est pas intéressant de signaler : puberté, défaut de parenté et d'alliance, etc...

(5) V. Accarias, I, n° 80.

(6) V. notamment L. 16, § 1, de *Rit. nupt.*, D. 23, 2; — L. 71, de *Statu*, D. 15.

suite une réaction très efficace malgré sa lenteur.

4. — Le mariage était dissous quand l'union physique était impossible, quand l'un des époux perdait la qualité de citoyen, quand l'une des personnes dont le consentement était exigé pour la validité du mariage reprenait ce consentement.

Passons rapidement en revue ces trois hypothèses. La première conduisit à la dissolution du mariage par la captivité de l'un des époux ; toutefois, sur ce point, on introduisit une grave modification : une peine fut prononcée contre l'époux qui se remaria moins de cinq ans après la captivité de son époux (1), mais son second mariage n'en fut pas moins valable, et le premier n'en fut pas moins dissous.

5. — La perte de la qualité de citoyen romain eut lieu par l'interdiction de l'eau et du feu, par la déportation, et par l'esclavage encouru *jure civili*.

Il est bien certain, quoique de nombreux textes contredisent cette doctrine (2), que la déportation et l'interdiction de l'eau et du feu, en faisant disparaître la qualité de citoyen, entraînaient la dissolution du mariage ; et il faut entendre ces textes en ce sens que le mariage proprement dit, ou *justæ nuptiæ*, se transforme en *matrimonium non legitimum*, ou mariage du droit des gens (3).

(1) L. 6, *de Divort.*, D. 24, 2. Il est inutile de faire remarquer que ce texte ne se trouve pas à sa place, car il ne s'agit pas ici d'une cause de divorce, mais d'un fait entraînant de plein droit la dissolution du mariage ; cette place se trouve pourtant justifiée par une assimilation entre les peines du divorce et les peines prononcées contre l'époux qui se remarie sans attendre le délai de cinq ans.

(2) L. 43, § 1, *de Don. int. vir.*, D. 24, 1.

(3) En ce sens, Accarias, I, 97.

L'esclavage ne pouvait pas non plus laisser subsister le mariage, car la seule union possible entre personnes dont l'une était esclave était une union inférieure que les Romains appelaient du nom de *contubernium*.

6. — Le principe de la dissolution de mariage par la perte de la qualité de citoyen ou la captivité ne subit, pendant longtemps, aucune modification (1); on se contenta d'en rendre l'application moins fréquente en diminuant les causes d'esclavage; en outre, Justinien, dans le but de restreindre encore les causes de dissolution du mariage, décida (2) que la condamnation *ad metallum*, qui résultait de certains crimes particulièrement graves, cesserait d'enlever au condamné la qualité de citoyen; mais cette innovation laissa subsister, sans restriction aucune, le principe de la dissolution du mariage par la perte de cette qualité.

7. — Le seul mode de dissolution qui subit, dans le cours de la législation romaine, une modification vraiment essentielle, fut celui qui tenait à l'intention des époux et qu'on désigne généralement sous le nom de *divorce*; il n'est guère de question relative au divorce que nous ne voyions résolue diversement, suivant les époques. Mais il sera facile de démêler, sur tous les points que nous aurons à passer en revue, une marche constante vers un but déterminé : le divorce, d'abord absolument libre, fut entouré de restrictions de jour en jour plus étroites, qui aboutirent à le soumettre à cer-

(1) Notons pourtant que trois siècles après Justinien, la Novelle 33 de Léon l'Isaurien décida que la captivité ne dissoudrait pas le mariage, et qu'au 3^e siècle après Jésus-Christ la déportation et l'interdiction de l'eau et du feu cessèrent également de le dissoudre. (L. 1 C., *de Repud.*, 5, 17.)

(2) Nov. 22, cap. 8.

taines conditions destinées à le rendre moins fréquent.

L'introduction de la philosophie stoïcienne, en enseignant à supporter les maux sans chercher à les réprimer, ne fut peut-être pas étrangère à ce progrès; il faut l'attribuer, pour une part, aux progrès naturels de toute civilisation; mais c'est au christianisme que revient le rôle le plus actif en cette matière. Tant que les Empereurs restèrent plongés dans le paganisme, la dissolution du mariage par le divorce resta facile; à partir du jour où ils se convertirent au christianisme, la législation tendit à s'appropriier le principe, emprunté à l'Évangile, de l'indissolubilité du mariage.

Il n'est peut-être pas inutile, avant d'entrer dans l'examen de notre sujet, d'indiquer d'une manière sommaire les différences qui séparent le divorce romain du divorce français. Ces différences tiennent surtout à cette idée que le relâchement du lien conjugal était beaucoup plus facile dans les législations primitives qu'il ne l'est actuellement. Tout d'abord, au point de vue des causes, on peut remarquer que le Droit français ne permet le divorce que dans des circonstances très limitées et très nettement déterminées. Au contraire, la législation romaine n'apportait aucune entrave à la liberté des époux: on se contenta d'infliger des peines plus ou moins sévères à celui des conjoints qui divorçait sans en avoir des raisons assez graves.

D'un autre côté, le divorce ne peut être actuellement obtenu qu'à la suite d'une décision judiciaire, tandis qu'à Rome la volonté des époux ne subissait aucun contrôle.

Enfin, les sages lenteurs de la procédure du divorce montrent la répugnance du législateur français pour la

dissolution du mariage. A Rome, au contraire, un seul acte de volonté suffisait pour détruire le lien matrimonial.

8. — Notre étude sur le divorce à Rome sera divisée en trois chapitres :

1° Causes du divorce ;

2° Quelles sont les personnes dont la volonté est nécessaire pour divorcer, et comment cette volonté doit se manifester ;

3° Effets du divorce.

CHAPITRE PREMIER

Causes du divorce.

9. — Le divorce est à Rome la dissolution du mariage par la volonté des époux. Voici l'origine que Gaius attribue au mot *divortium* (1) : « *Vel ex diversitate mentium..... vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium.* » Le mot vient donc, soit du motif du divorce, — la mésintelligence des époux, — soit de son résultat, — la cessation de la vie commune.

Le divorce, avons-nous dit, est l'application de cette idée que le consentement nécessaire à la formation du mariage est également nécessaire à son maintien (2); de là, cette conséquence que le mariage se dissout soit par la volonté des deux époux, soit par la volonté d'un seul.

Les Romains distinguent, en effet, deux sortes de divorces : le *repudium*, acte de volonté unilatérale émanant de l'un des époux; le *divortium* proprement dit ou *divortium bonâ gratiâ*, qui est l'expression du consentement des deux époux, le résultat d'une convention intervenue entre eux.

10. — Que ces deux modes de dissolution aient des effets différents, cela est naturel : le *divortium bonâ*

(1) L. 2 pr., de *Divort. et repud.*, D. 14, 2.

(2) « *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est.* » (L. 35, de *Regul. jur.*, D. 50, 17.)

gratiâ, étant une convention, reste soumis à l'arbitraire des parties qui peuvent en régler les effets comme elles l'entendent ; le *repudium* est, au contraire, un acte unilatéral, dont les effets doivent être déterminés d'avance par la loi ; aussi, verrons-nous que sur ce point les deux divorces diffèrent essentiellement.

Mais ne doit-il pas en être autrement au point de vue des causes ? Les deux divorces ne se confondent-ils pas, en ce qu'ils peuvent avoir lieu arbitrairement, sans aucune raison donnée à l'appui de la volonté des époux ?

Cette idée, qui a quelque chose de juste aux origines de Rome, devient de plus en plus fausse à mesure qu'on avance dans l'histoire ; pour le démontrer, nous étudierons successivement, au point de vue des causes qui peuvent y donner lieu, les deux espèces de divorce.

SECTION I

Des causes du « Repudium ».

11. — A l'origine du Droit romain, il n'y a qu'une cause de *repudium*, la volonté du mari ; les textes anciens ne nous indiquent que cette volonté, et semblent ne pas accorder ce droit à la femme. Dès Romulus (1), nous voyons le mari autorisé à répudier sa femme ; et Aulu-Gelle (2) nous rapporte cette parole de Caton qui montre bien la différence entre les droits du mari et ceux de la femme : « Tu peux tuer sans danger ta femme, si tu la surprends en adultère ; si c'est elle

(1) Plutarque, *Vie de Romulus*.

(2) *Nuits attiques*, X, 23.

« qui te surprend, elle ne peut pas te toucher du bout
« du doigt. »

12. — Cette différence entre les deux époux, si contraire qu'elle paraisse au principe de liberté posé plus haut, trouve sa justification dans la *manus*.

Il est probable, en effet, quoique de très grosses controverses se soient élevées sur ce point (1), que la *manus* fut au début inséparable du mariage. Servius, l'un des commentateurs de Virgile, le dit formellement.

Ce qui le prouve mieux encore, c'est cette faculté réservée au mari seul de dissoudre le mariage par la répudiation; une telle différence entre le mari et la femme ne se concevrait pas si leur rôle dans le mariage était égal.

Il est vrai que Cicéron (*Topiq.* 3) distingue deux espèces de femmes mariées *justis nuptiis*, les *matres familias* et les *uxores*, et qu'il est impossible de ne pas voir dans cette opposition une allusion aux deux sortes de mariage. Mais, si à l'époque de Cicéron, il est incontestable que le mariage ne se contractait pas toujours avec *manus*, ce texte ne saurait prouver qu'il en a été de même dès l'origine.

Nous répondrons de la même manière à un argument tiré de l'un des modes d'acquisition de la *manus*, l'*usus*; la *manus* ne s'acquérant qu'au bout d'un an par l'*usus*, il est évident qu'avant l'expiration de l'année, les époux sont mariés sans *manus*. Mais rien ne nous autorise à croire que l'*usus* ait toujours existé comme

(1) Voy. en sens contraire : Accarias, I, 79 et 120. Mais voy. Esmein, la *manus*, la paternité et le divorce, *Revue générale du Droit*, 1886; — Voy. aussi Labbé, Observations sur la *manus*, *Nouvelle Revue historique du Droit*, 1887.

mode de constitution de la *manus*; il est, au contraire, presque certain que ce fut une innovation de la loi des Douze Tables (1).

Il nous paraît donc probable qu'au début du Droit romain la femme est toujours *in manû*, et cette observation justifie le droit spécial au mari de répudier sa femme.

13. — La *manus* est, en effet, une puissance modelée sur toutes les autres, et qui présente des analogies avec la *dominica potestas*, et bien plus encore avec la *patria potestas*, puisque la femme était considérée *loco filiæ familias*. Or, à Rome, toutes les puissances étant établies dans l'intérêt de ceux à qui elles sont accordées, il est naturel que ceux-ci puissent, sans le consentement de leur enfant, de leur femme, ou de leur esclave, abdiquer cette puissance.

14. — C'est ainsi que nous voyons le père donner son fils en adoption sans le consentement formel de celui-ci (2), pourvu qu'il ne s'y oppose pas; c'est ainsi encore qu'il l'émancipe (3) et surtout qu'il le vend ou l'abandonne *in noxæ deditio*, comme il le ferait d'un esclave, et sans qu'il ait à demander le consentement de ce fils.

Nous ajouterons, sans sortir de notre matière, que la *manus* peut avoir lieu par voie de *coemptio*, mode qui emprunte les formes de la mancipation et qui, par conséquent, semble pouvoir être employé par le père, sans que la participation de la fille soit exigée.

(1) Gaius, 1, § 3; — Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, 3, 2.

(2) Gaius, 1, § 134.

(3) Paul, II, 25, § 5.

On comprend donc facilement que le mari puisse répudier sa femme *in manû*, c'est-à-dire abdiquer sa puissance, sans le consentement de celle-ci, et qu'au contraire, comme toute personne en puissance, elle ne puisse pas s'affranchir de la *manus*.

Mais ce pouvoir du mari n'est pas absolu; il existe un cas où il ne peut répudier sa femme.

Ce cas est celui où il est flamine de Jupiter. Le flamine de Jupiter doit être marié, et l'idée du mariage est tellement attachée à ces fonctions qu'il les perd de plein droit par la mort de sa femme; aussi, le divorce lui est-il interdit (1).

15. — Si l'on en croit Denys d'Halicarnasse (2), la répudiation serait également interdite au mari quand la *manus* a été produite par la *confarreatio*, c'est-à-dire par le sacrifice solennel dont parlent Gaius (3) et Ulpien (4).

Cette opinion est difficile à admettre; elle aboutirait à nier que le *repudium* pût, à l'origine de la *manus*, avoir lieu entre patriciens. Nous avons vu, en effet, que l'*usus* paraît n'avoir été introduit que plus tard; quant à la *coemptio*, on a pu soutenir (ce n'est là, il est vrai, qu'une simple supposition) qu'elle n'était primitivement accessible qu'aux plébéiens. La *confarreatio*, qui a toujours été réservée aux patriciens, est peut-être, au début, le seul moyen pour eux de produire la *manus*, et en soutenant que le mariage avec *confar-*

(1) Aulu-Gelle, X, 15, § 23, qui indique de curieuses particularités sur le genre de vie imposé au flamine de Jupiter. — V. aussi Plutarque, *Quæstion. roman.*, 40, 44, 50, 109, 113.

(2) *Antiquit. Rom.*, II, 25.

(3) I, 112.

(4) *Reg.* IX.

reatio ne peut se dissoudre, on affirme l'indissolubilité primitive du mariage des patriciens.

D'un autre côté, à quoi aurait servi la *diffareatio*, solennité corrélatrice à la *confarreatio* et qui dissolvait la puissance que celle-ci avait établie?

16. — La femme qui ne pouvait user du *repudium* en cas de *manus*, le put incontestablement lorsque la *manus* ne fut plus obligatoire; les époux furent alors sur un pied d'égalité. Aussi, les textes nous montrent-ils fréquemment le *repudium* émanant de la femme (1).

Il y a mieux : on finit par accorder à la femme *in manû* le droit d'envoyer le *repudium* à son mari; un passage de Gaius (2) l'indique de la manière la plus formelle.

Si ce passage eût été connu de Pothier (3), il n'aurait pas essayé d'appuyer la doctrine contraire sur quelques vers de Plaute (4), dont le sens est tout différent. Le poète y fait simplement dire à l'un de ses personnages que le mari possède des *justæ causæ* de répudiation plus nombreuses que celles de la femme; ce qui lui permet d'ajouter : « *Utinam lex esset eadem quam uxori viro.* »

On ne sait pas, d'ailleurs, à quelle époque cette faculté fut étendue à la femme; des auteurs ont prétendu qu'elle se trouve déjà mentionnée dans la loi des Douze Tables, et qu'elle y a été introduite par les commissaires envoyés en Grèce. Mais, s'il est certain que cette

(1) Cicéron, *Philippiq.*, II, 28; — Juvénal, VI, 146; — Aulu-Gelle, XVII, 6; — L. 24, § 1, de *Divort. et repud.*, D. 24, 2.

(2) *Comm.*, I, § 137.

(3) Les *Institutes* de Gaius n'ont été découvertes qu'en 1816.

(4) *Mercator*, acte IV, scène 5.

loi s'occupe du divorce (1), nous n'avons que très peu de renseignements sur les dispositions qu'elle lui consacrait.

17. — Quoi qu'il en soit, la faculté de répudier accordée à la femme dut augmenter le nombre des divorces. Toutefois, il semble que ce nombre était, soit à cause de la pureté des mœurs, soit en raison de la flétrissure morale qui s'y attachait, très restreint dans les premiers siècles; d'après Valère-Maxime (2), Denys d'Halicarnasse (3) et Aulu-Gelle (4), c'est au commencement du sixième siècle (520, d'après Valère-Maxime et Denys, 523 ou 519 d'après Aulu-Gelle) qu'eut lieu le premier divorce (5).

Il est à noter que, suivant ces historiens, le divorce de Caroilius fut sévèrement critiqué, quoique son auteur ne l'eût pas fait de son plein gré. Spurius Caroilius Ruga répudia sa femme, quoiqu'il l'aimât, parce qu'il avait juré aux censeurs, — dressant la liste des citoyens et lui demandant s'il était marié, — qu'il s'était marié pour avoir des enfants, « *quod jurare a censoribus coactus erat uxoremve liberorum quærendorum gratiâ habuisse.* »

18. — On a, il est vrai, mis en doute l'exactitude de cette assertion (6), et on a prétendu, ou bien que Spurius Caroilius n'avait pas contracté un véritable ma-

(1) Cicéron, *loc. cit.*

(2) *Dict. et fact. memorab.*, II, cap. 1.

(3) *Antiquit. Rom.*, II, 25.

(4) *Noct. attic.*, IV, 352; — XVII, 21, § 44.

(5) Consulat de Marcus Atilius et Publius Valerius, d'après Aulu-Gelle, de Marcus Pomponius et Caius Papirius, d'après Denys.

(6) Montesquieu, *Esprit des Loix*, XVI, 16.

riage, ou bien que les auteurs cités s'étaient trompés en regardant son divorce comme le premier.

Mais la coïncidence de ces trois témoignages nous en démontre l'exactitude; d'un autre côté, les expressions mêmes dont se sert Aulu-Gelle prouvent qu'il s'agit d'un véritable mariage (1).

On s'est fondé également, pour prétendre qu'il y eut des divorces antérieurs à celui de Sp. Caroilius, sur un passage où Denys d'Halicarnasse rapporte (2) que Coriolan, envoyé en exil, recommanda à sa femme d'épouser un homme qui fût plus heureux que lui; mais ce texte prouve simplement, et nous le savons déjà, que le divorce était permis; il ne démontre pas qu'il fut usité en pratique.

19. — De toute manière, il est certain que, dans les premiers siècles de Rome, le divorce fut très rare (3).

20. — Dès le siècle suivant, on le voit devenir de plus en plus fréquent et constituer une véritable plaie pour la société romaine. Peut-être, la faculté de répudier accordée à la femme contribua-t-elle à multiplier le nombre des divorces; peut-être aussi, les mariages entre patriciens et plébéiens, que la loi *Cornelia* avait permis dès 310 R. C. et qui devaient souvent réaliser des unions peu heureuses, n'y furent-ils pas étrangers? La cause

(1) Notamment les mots *liberorumquærendorum causa* sont employés par la loi *Ælia Sentia*, au cas d'acquisition du droit de cité, à la suite d'un mariage, par la *causæ probatio*. (Gaius, I, §§ 29 et 30.)

(2) *Antiq. Rom.*, VIII.

(3) Il ne faudrait pas regarder comme un divorce la faculté accordée à la femme d'empêcher l'*usus* en découchant trois nuits (*trinotio*); c'était là un moyen préventif contre la *manus*, et non un mode de dissolution de la *manus*, ni à plus forte raison du mariage. (Gaius, I, § 3; — Aulu-Gelle, III, 2.)

principale, ce sont les peines que les lois édictaient contre le célibat et le veuvage, peines qui devaient avoir pour effet de provoquer des mariages hâtifs, presque toujours suivis de divorces. Dès Servius Tullius, on exige des veuves un impôt destiné à entretenir les chevaux des *equites* (1); la paternité donnait des avantages considérables, notamment le *jus liberorum*, d'où dérivait des prérogatives et des exemptions nombreuses (2). Le célibat était considéré comme un danger, et les censeurs étaient chargés de le réprimer (3). C'était là une de leurs principales fonctions : *Cœlibes esse prohibento; mores populi regunto*. Voilà comme Cicéron leur trace leurs devoirs, lorsqu'il esquisse une constitution idéale qui n'est guère que la reproduction de la constitution romaine (4).

21. — Les auteurs sont remplis de la narration des *repudia* qui signalèrent la fin de la République, et qui provinrent, en grande partie, de la hâte avec laquelle on procédait aux mariages et de l'abaissement progressif des mœurs.

Les motifs les plus futiles sont donnés à l'appui d'un *repudium*. Antistius Vetus répudie sa femme parce qu'elle parle dans la rue à une femme de mauvaise vie (5); Sulpicius Gallus, parce qu'elle traverse la rue, la tête découverte (6). Cicéron répudie Térentia pour trouver dans la dot d'une seconde femme l'argent suffisant

(1) Tite-Live, I, 43.

(2) Notamment l'exemption de certaines charges publiques. (L. 2, § 4; — L. 10 pr., de *Vacat. et excus. muner.*, D. 50, 5.)

(3) Valère-Maxime, *Dict. et fact. memorab.*, II, 9, § 1.

(4) *De Legibus*, III, 3.

(5) Valère-Maxime, VI, 11.

(6) Valère-Maxime, VI, 12.

pour payer ses dettes ; il répudie Pubilia parce qu'elle n'est pas assez affectée de la mort de sa fille Tullia (1).

On divorce même sans en indiquer les motifs ; et Paul-Émile, répudiant Papyria sa femme, répondait à ceux qui lui en demandaient la raison qu'il changeait de femme, comme de souliers qui le blessent, sans que d'autres que lui sachent comment (2).

Il n'est guère de personnage puissant qui ne divorce : César (3), Sylla (4), Pompée (5) répudient leurs femmes.

22. — Les divorces augmentent encore sous l'Empire, et les empereurs en donnent l'exemple. Auguste répudie successivement Claudie et Scribonie (6). Ses successeurs divorcent presque tous (7).

On voit souvent des gens se marier avec l'intention de divorce : ils épousent des courtisanes riches, et cherchent à les surprendre en adultère, afin de bénéficier des avantages accordés sur la dot de la femme répudiée par sa faute.

23. — Auguste, qui donne pourtant plus d'une fois l'exemple du divorce, s'efforça de réagir contre cet abus. La loi *de maritandis ordinibus*, dont le but principal fut de porter remède à la décroissance de la population, chercha à maintenir les mariages en diminuant les divorces ; cette loi, proposée pour la première

(1) Plutarque, *in Cicer.*

(2) Plutarque, *in Paul.-Emil.*

(3) Suétone, *in Cæs.*, 24.

(4) Plutarque, *in Corn. Syll.*

(5) Plutarque, *in Pomp.*

(6) Suétone, *in August.*, 6.

(7) Suét., *in Trib.*, 7 ; *in Claud.*, 26 ; *in Tit.*, 4 ; *in Domit.*, 3 ; *in Néron.*, 35.

fois en 740, fut adoptée en 759; la loi *Papia Poppæa*, qui la suivit cinq ans après, eut pour objet de la compléter (1). Enfin, le système de ces deux lois, connues sous le nom de *leges novæ* ou *leges*, fut achevé par la loi *Julia de adulteriis*.

24. — La base de ces lois consista à accentuer une distinction qui se trouvait posée en principe, depuis bien longtemps, entre les diverses causes de répudiation.

Romulus qui, au dire de Plutarque, permettait déjà la répudiation, distinguait celle qui était légitime de celle qui ne l'était pas, et frappait cette dernière de certaines peines que nous retrouverons en étudiant les effets du divorce.

Les causes légitimes étaient au nombre de quatre : l'adultère, l'ivresse, l'empoisonnement des enfants, la fabrication de fausses clefs.

Il est probable qu'à ces causes, des décisions postérieures, peut-être la loi des Douze Tables (2), en ajoutèrent d'autres : les nombreux historiens qui racontent le divorce de Sp. Caroilus ne disent pas que la répudiation ait été illégitime ; quoique les contemporains l'aient fortement blâmé, le blâme ne paraît avoir été que purement moral. Il est donc probable que la stérilité devint une cause légitime de *repudium*.

25. — Les *leges novæ*, outre les dispositions qu'elles

(1) Gaius, II, §§ 141 et 286.

(2) Il est certain, en effet, que la loi des Douze Tables s'occupait du divorce : Cicéron, dans un passage de ses *Philippiques* (II, 28), félicite vivement Marc-Antoine d'avoir usé du divorce, en répudiant une comédienne, *ex Duodenis Tabulis*. Le nombre des causes légitimes du divorce augmenta donc sous la République.

contiennent sur la caducité et sur la punition de l'adultère, comprennent une nouvelle indication des causes légitimes; nous ne savons pas exactement en quoi elles consistaient; peut-être étaient-ce celles que nous retrouvons encore au Digeste et qui sont au nombre de sept. (*De donat. int. vir. et ux.*, D. 24, 1.)

1° La mauvaise santé. (L. 61.)

2° L'entrée au sacerdoce. (L. 60, 61.)

3° La vieillesse. (L. 61.)

4° L'impuissance du mari ou la stérilité de la femme. (L. 60, § 1.)

5° La folie, à certaines conditions. Il fallait que la folie fût dangereuse, qu'il n'y eût aucun espoir de guérison; enfin, que la répudiation eût lieu dans le but de contracter un second mariage pour avoir des enfants, et alors que le premier n'en avait pas donnés. (L. 22, § 7, *solut. matrim.*, D. 24, 3.)

En dehors de cette hypothèse, la folie n'était qu'une cause injuste de divorce. (L. 22, § 7, eod.)

26. — 6° L'entrée du mari au service militaire. (L. 61, *de Donat. int. vir.*) Cette cause est évidemment une innovation d'Auguste; car, c'est seulement à partir de cet empereur que les armées permanentes furent organisées; jusqu'alors, on n'était soldat que pendant la durée de la guerre et l'absence ne pouvait pas être assez longue pour être une cause légitime de divorce. La longue durée du service militaire fit admettre cette cause de divorce; quoique les textes soient muets sur ce point, il est impossible d'en découvrir une autre raison.

27. — Mais faut-il en conclure, comme l'ont fait certains interprètes, que l'absence, quel qu'en soit le motif, soit une cause légitime de divorce? Il est dif-

ficile d'émettre une conjecture sur ce point; mais nous serions assez disposé à croire que le métier de soldat est, parmi les cas d'absence, le seul qui soit une juste cause de répudiation.

On allègue en vain les faveurs dont les Romains entouraient leurs soldats, les exemptant d'impôts, leur accordant des concessions de terre à la fin de leur service. Un argument *a fortiori* tiré de la légitimité de la répudiation pour cause de service militaire n'a pas plus de valeur; si le soldat traité avec tant d'égards peut être répudié, à plus forte raison, dit-on, doit-il en être de même des autres absents.

Nous répondrons que la légitimité de cette cause de divorce peut être aussi bien considérée comme une faveur que comme un préjudice pour le soldat; il nous semble, en effet (la loi 31 n'y contredit pas), que l'homme appelé au service militaire peut, au moins durant l'époque classique, répudier sa femme comme celle-ci peut le répudier; le droit de la femme doit être considéré comme un corollaire de celui du mari.

Il y a d'ailleurs cette différence, c'est que, dans les autres hypothèses, l'absence peut cesser d'un moment à l'autre, tandis que, le service militaire devant durer un certain nombre d'années, une législation qui voulait remédier à la décroissance de la population devait le considérer comme une cause légitime de divorce.

28. — 7° l'adultère. C'est surtout cette cause de divorce qui est visée et réglée par Auguste. La loi *Julia de adulteriis* établit contre l'époux adultère des peines graves, tant corporelles que pécuniaires (1). L'a-

(1) L. 38, § 2, *ad Leg. Jul. de adult.*, 48,5; — D., L. 6, 8, *de Rit. nupt.*, 23, 2.

dultère est, en outre, une cause légitime de répudiation.

Il y a mieux : le mari est tenu de répudier sa femme adultère ; s'il s'en abstient, il est coupable du crime de *lenocinium* (1) et perd sa cause légitime de répudiation.

29. — D'un autre côté, l'adultère cesse d'être une cause légitime de divorce lorsqu'il est involontaire, c'est-à-dire lorsque la femme a été violée (2).

30. — Il en est de même quand les torts sont réciproques ; par exemple, les époux sont tous deux adultères, ou bien le mari a encouragé sa femme à l'adultère (3), *delicta mutua pensatione dissolvuntur*.

31. — Telles étaient les principales causes légitimes de répudiation ; nous n'osons pas dire que c'étaient les seules, car Cicéron, dans un passage que nous avons cité, montre qu'il en existait au moins une autre, la profession de comédienne exercée par la femme. Mais il est bien certain que les causes légitimes n'étaient pas très nombreuses.

Encore se trouvaient-elles quelque peu restreintes par le pardon ; l'époux qui, ayant une cause légitime de divorce, avait pardonné à son époux, ne pouvait plus prétendre aux avantages que la loi attachait à une répudiation légitime ; le pardon n'était pas nécessairement exprès, il pouvait résulter d'un fait quelconque manifestant l'intention de ne pas se prévaloir des conséquences de la faute. Nous venons de voir que le pardon

(1) L. 2, § 2 ; — L. 11, § 10 ; — L. 29, *princ. ad Leg. Jul. de adult.*, 48, 5.

(2) L. 13, § 7 ; — l. 139, *princ. ad Leg. Jul. de adult.*, 48, 5.

(3) L. 39 et 47, *solut. matrim.*, D. 24, 3.

accordé à la femme adultère était en outre un crime (1).

52. — Les déchéances que la loi attachait aux répudiations sans cause légitime n'en diminuèrent pas le nombre; même après les diverses mesures prises par Auguste, les divorces continuèrent à exciter l'indignation des moralistes et la verve des satiriques. Au dire de Sénèque, bien des femmes comptent les années, non par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris : « *Num quid jam ulla repudio erubesci, postquam illustres quædam ac nobiles feminæ, non consulum numero, sed maritorum computant* (2). » Juvénal n'est pas moins catégorique; il parle de femmes qui, en cinq années, trouvent le moyen de répudier huit maris (3).

Tertullien, raconte que, dans ce temps, le divorce est le fruit du mariage (4), et ses paroles ne sauraient être taxées d'exagération, puisque le jurisconsulte Paul (5) rapporte que les mots d'une constitution *soluto matrimonio dos reddi* étaient, d'après beaucoup d'auteurs, applicables au divorce seul, mode normal de dissolution du mariage.

Il faut dire aussi que les *leges novæ*, dont le but était d'enrayer le divorce, contribuèrent à le rendre plus fréquent. Les avantages nombreux qu'elles accordaient au mariage, et surtout à la paternité, avaient pour effet de produire des mariages qu'on cherchait à défaire peu de temps après; la hâte qui avait présidé à

(1) L. 38, *solut. matrim.*, D. 24, 3 ; — L. 43, § 9 et 10 C., *ad Legem Jul. de adult.*, 48, 5.

(2) *De benef.*, III, 16.

(3) *Satires*, II, 229.

(4) *Apologétique*, 6.

(5) L. 240, *de Verbor. signif.*, 50, 16.

l'union était loin de constituer une garantie de bonne harmonie.

33. — Aux motifs qui jusqu'alors militaient en faveur du mariage, vint, lors de l'avènement du christianisme, s'en ajouter un autre : le christianisme considérait le divorce comme contraire à ses dogmes ; il était donc important de le supprimer.

Cependant, aucun empereur ne défendit la répudiation ; on pensa sans doute qu'elle était trop profondément enracinée dans les mœurs ; mais si l'on ne put la supprimer, on voulut au moins la restreindre, et, pour y arriver, on usa du moyen qu'Auguste avait employé déjà, sans résultat : on détermina, en les limitant encore, les causes légitimes de répudiation, et on frappa de peines de plus en plus sévères l'époux qui avait divorcé en dehors de ces cas.

34. — Constantin, dont les réformes en matière de mariage furent très nombreuses (1), restreignit, dès 331, les causes légitimes de répudiation à trois pour chaque époux (2).

La femme ne pouvait légitimement répudier son mari que lorsqu'il était homicide, magicien ou violateur de tombeaux.

Le mari ne pouvait répudier sa femme que lorsqu'elle était adultère, adonnée aux maléfices ou proxénète.

35. — Peu d'années après, en 387 (3), il ajouta un

⁽¹⁾ Il punit l'adultère de mort (L. 30, § 1 C., *ad Leg. Jul. de adult.*, 9, 9), prohibe le mariage entre le ravisseur et la jeune fille (L. 40 C. Th., *de Rapt. virg.*, 19, 24), défend aux personnes d'un rang élevé d'épouser des *abjectæ personæ* (L. 1 C., *de Nat. lib.*, § 27), etc.

⁽²⁾ L. 1 C., *de Repud.*, 3, 16.

⁽³⁾ L. 7 C., *de Repud.*, 5, 17.

nouveau cas de répudiation légitime en faveur de la femme et il le soumit à des formes et à des effets spéciaux que nous retrouverons : il lui permit, comme l'avait fait Auguste, de répudier le mari qui se trouvait sous les armes.

56. — Les successeurs de Constantin introduisirent, eux aussi, d'importantes réformes dans cette partie de la législation.

Il faut signaler tout d'abord une constitution d'Honorius et de Théodose (1) qui ajoute une troisième catégorie de causes de répudiation aux causes légitimes et non légitimes ; ce sont des causes à demi-légitimes, en quelque sorte, celles qui dérivent d'une faute légère de la femme : *morum culpa*. Les déchéances, dans cette sorte de répudiation, n'atteignaient guère, comme nous le verrons, que les personnes, sans toucher aux biens.

57. — Cette réforme ne dura pas longtemps ; dès 449, une constitution de Théodose et Valentinien (2) supprima les diverses modifications introduites sous l'influence du christianisme : « *repudia, culpas, culparum exercitiones ad veteres leges responsaque prudentium revocari censemus..* »

58. — Le mari eut quatorze causes légitimes de répudiation : adultère, meurtre, empoisonnement, plagiat, violation de tombeaux, vol, recel, faux, défaut de divulgation des complots dont la femme avait connaissance, coups donnés à son mari ou attentat contre sa vie, présence aux spectacles sans le consentement du

(1) D. 2 C. Th., *de Repud.*, 3, 16.

(2) L. 8 C., *de Repud.*, V, 17.

mari, repas pris contre le gré du mari avec des hommes étrangers à la famille, abandon pendant la nuit du domicile conjugal.

La femme eut douze causes légitimes de répudiation contre le mari : adultère, meurtre, empoisonnement, complot contre l'État, faux, violation de tombeau, vol, recel, plagiat, fréquentation de courtisanes, coups donnés à la femme ou attentat contre sa vie.

Il était défendu de déroger à ces règles par la convention (1).

39. — Il n'y eut pas d'autres modifications, en ce qui concerne les causes du divorce, jusqu'à Justinien. Cet empereur lui-même, à qui ses nombreuses réformes en matière de mariage méritèrent le surnom d'*Uxorius imperator*, toucha peu au divorce.

40. — Justinien accepta en principe la distinction admise jusqu'alors entre les causes légitimes et non légitimes; mais il remania à plusieurs reprises la base de cette distinction. En 528, dès le commencement de son règne, il ajouta aux causes légitimes admises par la constitution de Théodose et Valentinien les suivantes (2) :

Le mari peut répudier sa femme quand elle s'est fait avorter, quand elle s'est baignée au milieu d'hommes, enfin, quand elle s'est mise en quête d'un second époux.

La femme peut répudier son mari quand il est impuissant, pourvu que l'impuissance soit antérieure au mariage et ait duré au moins deux ans depuis le mariage.

41 — La fameuse novelle 22, *denuptiis*, qui contient une législation complète sur le mariage, détermine à

(1) L. 8, § 8, *eod.*

(2) L. 10, l. 11, § 2 C., *de Repud.*, 5, 17.

nouveau, en 535, les causes légitimes de répudiation. Elle en mentionne dix-sept pour le mari et seize pour la femme (1).

Les causes pour lesquelles le mari peut répudier sa femme sont celles déjà indiquées, et que Justinien emprunte tant à sa propre constitution qu'à celle de Valentinien.

Quant à la femme, voici les faits qui lui fournissaient une cause légitime de répudiation contre son mari : adultère, homicide, empoisonnement, complots contre la sûreté de l'État, faux, violation de tombeaux, vol dans les domaines impériaux, vol de troupeaux, brigandage, recel, plagiat, fréquentation de courtisanes, coups donnés à la femme ou attentat à sa vie.

L'impuissance du mari resta également une cause légitime de dissolution du mariage ; il fallut, comme autrefois, qu'elle fût antérieure, et on exigea en outre qu'elle eût duré trois ans depuis le commencement du mariage, au lieu de deux.

Quant à l'absence du mari sous les drapeaux, la femme put encore s'en prévaloir pour demander le divorce. Mais nous ne tarderons pas à voir que Justinien cessa de considérer, dans cette sorte de divorce, un *repudium*, et le transforma en *divortium bonâ gratiâ*.

On voit que jusqu'ici cet empereur, loin de se laisser dominer par l'influence du christianisme, — dont l'effet eût été de diminuer les causes légitimes de divorce pour le rendre moins fréquent, — augmenta, au contraire, le nombre des causes légitimes.

42. — Il ne tarda pas cependant à changer de senti-

(1) Nov. 22, cap. 6, 14 et 15.

ment, et dans la nouvelle 117, dernière expression de sa législation, rendue spécialement en matière de divorce, l'influence du christianisme se fait profondément sentir.

Cette nouvelle restreint considérablement les causes légitimes de répudiation : le mari n'en a plus que sept, et la femme cinq (1).

Le mari peut répudier sa femme si elle attente à sa vie ou ne l'informe pas des attentats projetés dont elle a connaissance ; si elle assiste aux spectacles sans son consentement ; si elle se baigne avec des hommes ; si elle dîne avec des hommes étrangers à sa famille ; si elle quitte le domicile conjugal sans se retirer chez ses parents.

La femme peut répudier son mari lorsqu'il a cherché à la prostituer ; lorsqu'il a attenté à sa vie ou n'a pas prévenu ou réprimé les attentats projetés contre elle et dont il avait connaissance ; lorsqu'il a porté contre elle une accusation d'adultère démontrée fausse ; lorsqu'il entretient une concubine, même hors du domicile conjugal ; enfin, lorsqu'il complotte contre l'État ou ne révèle pas les complots dont il a connaissance.

43. — Deux chapitres spéciaux de cette constitution sont consacrés à l'abrogation de deux causes de répudiation admises jusqu'alors.

Les coups donnés à la femme, *si quis uxorem suam flagellis castigaverit*, ne sont plus une cause légitime de répudiation ; ils ne restent pas toutefois sans sanction. Le mari qui sans motif a battu sa femme lui doit immédiatement une valeur égale au tiers de la donation *propter nuptias* ; mais la femme doit se contenter

(1) Nov. 117, cap. 8, 9 et 12.

de cette indemnité et n'a pas le droit de répudier son mari (1).

44. — En second lieu, l'absence du mari pour service militaire, que nous avons vue devenir successivement une cause légitime de répudiation, puis de divorce *bonâ gratiâ*, cessa de donner, à elle seule, des motifs suffisants de divorce; il fallut que le tribun de la légion à laquelle appartenait le mari jurât sur les saints Évangiles qu'il était mort (2). Et même alors, au point de vue de ses effets, la répudiation diffère de toutes les autres : elle n'est pas définitive, et le mari de retour peut reprendre sa femme encore qu'elle soit remariée; car son retour prouve que le serment du tribun était faux.

45. — La novelle 117 maintient les fins de non-recevoir admises jusqu'alors : la cause légitime disparaît quand il y a réciprocité de torts, ou quand l'époux, au lieu de s'en prévaloir immédiatement, a commencé par pardonner; le mari qui a gardé sa femme adultère (c'est-à-dire qui a commis le crime de *lenocinium* [3]) perd sa cause légitime de répudiation.

Ce furent là les dernières modifications que Justinien apporta aux causes de la répudiation; il en régla les effets dans des constitutions postérieures.

46. — Il nous faut maintenant descendre jusqu'au huitième siècle pour trouver de nouvelles modifications dans les constitutions de Léon l'Isaurien.

(1) Nov. 117, cap. 14.

(2) Nov. 117, cap. 11.

(3) Il est difficile de concilier le maintien du *lenocinium* avec le délai de deux ans accordé au mari pour reprendre sa femme enfermée dans un monastère, par suite d'adultère, en vertu d'une constitution de Constantin. (L. 30, § 1 C., *ad. Leg. Jul. de adult.*) D'un côté, on cherche à réprimer le pardon, de l'autre on paraît le désirer.

Il décide, ainsi que l'avait fait Justinien dans sa première constitution, que le fait par la femme de se mettre en quête d'un nouvel époux, ou celui de se laisser avorter, fournirait au mari une cause légitime de répudiation (1).

Il permet aussi, sous certaines conditions qu'il édicte, la répudiation pour cause de folie (2). Il fallait, comme autrefois, que la folie ne fût pas antérieure au mariage, et qu'elle ne résultât pas des mauvais traitements du conjoint ou de sa famille; l'époux qui, par son fait, avait provoqué la folie de son conjoint, devait entrer dans un monastère.

47. — On voit que les causes de divorce par la volonté unilatérale des époux subirent de profondes modifications; mais la liberté du divorce se maintint du début à la fin de l'empire romain; l'esprit qui animait le législateur ne se manifesta guère que dans la distinction entre les causes légitimes ou non légitimes, à laquelle on attachait plus ou moins d'importance suivant les époques. Le christianisme chercha à rendre la répudiation moins facile; dans ce but, il diminua le nombre des causes légitimes, afin de retenir les époux dans la voie du devoir par la crainte de peines corporelles et pécuniaires.

SECTION II

Des causes du divorce « *bonâ gratiâ* ».

48. — Le divorce par consentement mutuel entre époux paraît avoir existé dès l'origine de Rome; on

(1) Nov. 30 et 31.

(2) Nov. 111 et 112.

partait de ce principe que le mariage étant une convention, il pouvait, comme toute convention, être révoqué par les parties. Aussi, ne trouvons-nous pas ici de distinction entre les causes légitimes et non légitimes ; la cause du divorce *bonâ gratiâ* était toujours légitime, puisque la loi ne s'enquérât pas des motifs de la convention.

Le divorce *bonâ gratiâ* ne paraît plus très usité sous la République ; les textes ne nous en fournissent pas d'exemples. Sans doute les causes légitimes de répudiation paraissaient suffisamment nombreuses pour qu'on pût se passer du consentement mutuel.

49. — D'un autre côté, tant que la femme fut *in manû*, il ne put être question d'un divorce *bonâ gratiâ*, puisque les personnes soumises à la puissance d'autrui étaient incapables d'avoir une volonté, et par là même de donner un consentement. Et nul ne pouvait consentir pour elles, le mari seul ayant le droit d'exercer sa volonté au nom de la femme. Le *repudium* était donc, au début du Droit romain, le seul mode de divorce : encore, avons-nous vu que durant une période indéterminée le mari seul put l'exercer.

50. — Théodose et Valentinien, bien qu'ils aient augmenté les causes légitimes de *repudium*, paraissent avoir supprimé le divorce *bonâ gratiâ* qui se trouvait en opposition avec les doctrines du christianisme. C'est en ce sens que peuvent être entendus les mots qui ouvrent la constitution 8 au Code de *Repudiis* (liv. 5, tit. 17) « *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio* (1) *dissolvi præci-*

(1) Ce sens n'est pas absolument certain, car nous citons plus loin

« *pimus; solutionem etepim matrimonii difficilio-rem debere esse, favor imperat liberorum* ».

§1. — Cette prohibition ne subsista pas; une constitution d'Anastase rappelle, un demi-siècle plus tard (1), l'existence du divorce *bonâ gratiâ*. La novelle 22 de Justinien (2) indique encore que les conventions sont absolument libres dans le divorce *bonâ gratiâ*, parce que tout lien de formation humaine peut être dissous par la volonté humaine (3).

§2. — Cette novelle (cap. 14) admet même un divorce *bonâ gratiâ* provenant en réalité d'une volonté unilatérale. La femme d'un militaire ne peut plus divorcer qu'après dix ans d'absence, et après avoir fait tous les efforts pour se procurer des nouvelles de son mari; mais au bout de ce délai, si elle divorce, le silence du mari équivaut à un consentement, et le mariage est réputé dissous par le *divortium bonâ gratiâ*. La novelle 117, qui s'occupe du même cas, ne rapporte pas la même anomalie (4). Elle fait deux catégories de divorces *bonâ gratiâ* qui les rapprochent singulièrement du *repudium*.

§3. — L'empereur ne permet plus le divorce que *propter castitatem*, c'est-à-dire dans le but, pour les deux époux, de vivre dans la chasteté et d'entrer en religion.

une constitution d'Anastase qui contient ces mots : *communi consensu tam viri quam mulieris repudium sit missum*; ce qui désigne certainement le divorce *bonâ gratiâ*.

(1) L. 9 C., de *Repud.*, 5, 17.

(2) Cap. 4.

(3) *Nihil hic dicendum est, pactis causam sicut utrique placuerit quænantibus.*

(4) Cap. 10.

54. — Plus tard encore, la novelle 123 (1) permit le divorce *bonâ gratiâ* quand un seul des époux voulait entrer en religion, tout en lui donnant des effets un peu différents du premier.

55. — En dehors de ces cas, le divorce, sans être nul, entraînait des peines énormes dont nous aurons à parler.

Même lorsqu'il était légitime, le divorce *bonâ gratiâ* n'était pas vu avec faveur; et on permettait aux époux qui avaient divorcé pour entrer en religion, de reprendre la vie commune, tant qu'ils n'avaient pas prononcé leurs vœux; il suffisait qu'ils y consentissent tous deux. Si l'un s'y refusait, le divorce était maintenu, mais l'époux récalcitrant encourait les mêmes peines que s'il avait divorcé hors des causes légitimes (2).

Cette distinction introduite dans le *divortium bonâ gratiâ* ne subsista pas longtemps. Le successeur immédiat de Justinien, Justin II, touché, dit-il, des plaintes des époux désunis, rétablit purement et simplement le droit antérieur à la novelle 117; le divorce *bonâ gratiâ* redevint entièrement libre (3).

L'heureuse influence du christianisme fut donc encore moins durable en cette matière que dans le *repudium*.

(1) Cap. 49.

(2) Nov. 134, cap. 11.

(3) Nov. 140.

CHAPITRE II

Quelles sont les personnes dont la volonté est nécessaire pour divorcer, et comment cette volonté doit se manifester.

SECTION I

Personnes qui doivent consentir au divorce.

36. — La solution de cette question semble devoir découler des principes que nous avons exposés sur les causes du divorce : en cas de *repudium*, la volonté d'un seul des époux est exigée ; en cas de *divortium bonâ gratiâ* (sauf sous l'empire de la novelle 22, l'absence du mari soldat), il faut la volonté des deux.

Cette idée est, en effet, devenue à peu près vraie dans les premiers siècles de l'Empire ; et si nous voyons des empereurs répudier, au nom des maris absents, les femmes dont ils désirent faire leurs maîtresses (1), ce sont des illégalités dont on ne saurait tirer aucun principe.

Toutefois, cet état de choses ne fut pas celui de la République : l'influence de la *patria potestas* joua ici un grand rôle.

37. — Il est incontestable que le père pouvait imposer sa volonté à sa fille restée en puissance ; les textes

(1) Suétone, *in Caligul.*, 36.

sont formels sur ce point (1). Et cette condition nous indique que cette faculté accordée au père n'exista pas tant que le mariage fut contracté avec *manus*. Par la *manus*, la femme tombait sous la puissance du mari et son père ne conservait aucun droit sur elle; quand la *manus* eut disparu, ce pouvoir du père fut particulièrement fâcheux entre époux unis.

Cur talem invitam invitum linquere cogis? fait dire Pacuvius à une femme que son père force à divorcer (2).

Pour des raisons analogues, le pouvoir du père sur son fils fut identique; au silence des textes, qui ne parlent que de la fille, on est tout au plus autorisé à conclure que le père imposait le divorce moins souvent au fils qu'à la fille, sans doute en raison de la restitution de dot qui dérivait du *repudium*.

§ 8. — Ce pouvoir, qui aujourd'hui nous paraît exorbitant, était absolument d'accord avec le caractère de la *patria potestas*; le père intervenait dans tous les actes passés par ses enfants, et leur imposait sa volonté; puisqu'ils ne pouvaient pas se marier sans lui, il était naturel que, maître du mariage, il fût maître du divorce. Le droit du père s'exerçait par l'interdit *de liberis exhibendis*, lorsqu'il s'agissait de la femme; cet interdit servait de préliminaire à un autre interdit appelé *de liberis ducendis*, par lequel le père demandait qu'on lui ramenât sa fille (3).

(1) Et la volonté du père pouvait être tacite; c'est ainsi que d'après la loi *Papia Poppæa*, l'élévation du père à la dignité de sénateur dissolvait le mariage de sa fille avec un *libertus*, parce que les filles de sénateur ne pouvaient épouser des affranchis. (L. 28 C., *de Nupt.*, § 4.)

(2) *Rhétorique*, à Herennicus, II, 24.

(3) D., *de Liberis exhibendis item ducendis* (43, 30). Lorsque le droit

59. — Il faut conclure du cadre que nous avons assigné aux droits du père que ni le fils, ni la fille ne pouvaient divorcer sans son consentement. Cette solution nous paraît certaine, car la répudiation injuste entraînait des déchéances pécuniaires, et ces déchéances auraient été supportées par le père, puisque les biens de son enfant *in potestate* lui appartenaient.

Nous avons montré, en outre, que la femme, lorsque elle était *in manu*, ne pouvait répudier son mari parce qu'elle se trouvait sous la puissance de celui-ci, et que, toutes les puissances à Rome étant établies sur le même modèle, le mari devait consentir au divorce.

Cette solution trouve un appui dans un texte où Paul (1), après avoir dit que le mariage ne peut se contracter *sine voluntate patris*, ajoute : *sed et contracta non solvuntur*; le mot *et* indique bien que la règle qu'il exprime est corrélatrice à la précédente, et, par conséquent, que le consentement du père est aussi nécessaire à la formation qu'à la dissolution du mariage (2).

On a prétendu qu'un passage de la novelle 22 (3) contredisait cette solution.

du père disparaît, c'est le mari qui protège la femme contre son père par l'interdit de *Uxore exhibenda*. (L. 1, § 2; — L. 5, de *Lib. exhib.*, 43, 30.)

(1) *Sentent.*, II, 49, § 2.

(2) On interprète souvent autrement le texte de Paul; il parle, dit-on, non de la dissolution du mariage, mais de la nullité; il veut indiquer que le consentement du père, nécessaire à la formation du mariage, n'est pourtant pas, quand il n'a pas été donné, un obstacle au maintien du mariage; ce serait, en d'autres termes, un empêchement simplement prohibitif. Tous les textes sont contraires à cette interprétation. — Au surplus, nous verrons qu'on peut donner à notre texte un sens absolument opposé, et lui faire dire que la volonté du père ne peut influer sur la dissolution du mariage.

(3) Cap. 7.

Ce texte exige pour le divorce le consentement du père, lorsqu'il a fourni à son fils la donation *propter nuptias*, ou à sa fille la dot, et Justinien présente cette obligation comme une innovation; on en a conclu qu'avant lui, les enfants pouvaient divorcer sans le consentement de leur père.

Cela prouve simplement que la législation qui exigeait ce consentement avait changé avant Justinien; il est, en effet, certain qu'avant le troisième siècle, les époux pouvaient divorcer de leur propre autorité.

60. — Nous ignorons à quel empereur il faut attribuer cette innovation; Paul (*Sentent.*, V, 6, § 15) l'attribue à Antonin le Pieux; Dioclétien et Maximien, dans une constitution où ils la confirment, la présentent comme l'œuvre de Marc-Aurèle. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'à cette époque la *patria potestas* commençait à s'affaiblir (1), et que le maintien des droits exorbitants du père relativement au divorce aurait été peu d'accord avec le nouvel état de choses (2).

61. — Il est, d'ailleurs, évident que le pouvoir du père n'existait que tant que ses enfants étaient en sa puissance; nous avons déjà vu que la femme *in manû* était sous celle du mari, et que le père n'avait aucun pouvoir sur elle : les textes en concluent que le fils et

(1) Trajan oblige le père qui maltraite son fils à l'émanciper, et lui enlève tous droits dans sa succession. (L. 5, *si a parente quis manum*, 37, 12.) — Adrien condamne à la déportation le père qui tue son fils coupable d'adultère envers sa belle-mère. (L. 5, *de Leg. Pomp. de parric.*, 48, 9.)

(2) On peut considérer comme exprimant cette innovation le texte de Paul que nous avons déjà mentionné (*Sent.*, II, 19, § 2) : La volonté du père est nécessaire, dit le jurisconsulte, pour la formation du mariage : *sed et contracta non solvuntur*. On peut traduire : mais cette volonté ne peut dissoudre le mariage.

la fille émancipés peuvent divorcer sans le consentement de leur père (1). Ils en concluent aussi que la mère, qui n'a jamais la puissance et qui, par conséquent, n'a aucune influence sur le mariage de ses enfants, ne peut pas davantage les obliger à divorcer.

62. — On voit quelquefois la mère essayer indirectement de forcer sa fille à divorcer, en l'instituant sous la condition de divorcer. Les empereurs décident que cette condition est réputée non écrite, comme contraire aux mœurs (2), et d'une manière plus générale, que la mère ne peut imposer le divorce à sa fille: *Filiæ divorcium in potestate matris non est* (3).

63. — Même quand le père eut perdu tout droit sur le divorce de son enfant, il conserva encore son autorité dans certaines hypothèses déterminées, lorsque le cas était grave, *ex magnâ et justâ causâ*; notamment, si sa fille (et sans doute aussi son fils) est en état de folie, il peut se substituer à elle, et envoyer le *repudium* (4).

64. — Il est bon d'observer que l'absence de son consentement, sans redevenir nécessaire, entraîna cependant certaines déchéances à partir de Justinien. Ce prince décide que le divorce opéré sans ce consentement fait perdre à l'enfant qui néglige de s'en munir soit la donation *propter nuptias*, soit la dot qui lui ont été constituées par le père ou au nom de celui-ci (5). Mais cette exigence ne dérivait pas de la *patria potes-*

(1) L. 5, *de Divort.*, 24, 2; — L. 5, 9, *solut. matrim.*, D. 24, 3; — L. 5 C., *de Repud.*, 5, 17.

(2) L. 20 C., *de Inoff. test.*, 3, 28; — L. 5 C., *de Instit. et substit.*, 6, 23.

(3) L. 4 C., *de Répud.*, 5, 17.

(4) L. 4 D., *de Divort.*, 24, 2.

(5) L. 12 C., 5, 17; — Nov. 22, cap. 19.

tas qui, à l'époque de Justinien, était presque annihilée; elle était sans doute inspirée par le respect dû aux parents. La preuve en est que le consentement de la mère fut aussi nécessaire que celui du père; et il faut en conclure que les enfants émancipés durent s'y soumettre.

65. — Cette hypothèse mise à part (encore n'apparaît-elle que très tard dans la législation), ce sont les époux seuls, — l'un ou tous deux, suivant le mode de divorce —, qui doivent consentir au divorce; cette volonté, pourvu qu'elle soit sérieuse, suffit à dissoudre le mariage. Les textes décident que la répudiation faite dans un moment de colère ne compte pas (1).

SECTION II

Formes du divorce.

§ 1. — REPUDIUM.

66. — Pendant longtemps, le divorce n'exigea aucune forme; il put même résulter d'une volonté tacite.

Les textes nous offrent plusieurs cas de répudiation tacite. Cicéron (2) donne comme exemple un second mariage contracté par le mari, sans qu'il ait répudié expressément sa première femme.

L'adoption par le père de son gendre ou de sa belle-fille dissolvait le mariage, à moins que le père n'eût eu

(1) L. 33, *de Rit. nupt.*, 23, 2; — L. 3, *de Divort.*, 24, 2.

(2) *De Orator.*, I, 40.

la précaution d'émanciper préalablement son enfant (1). Le mariage entre frères et sœurs adoptifs étant défendu, on aimait mieux considérer le mariage comme dissous que de l'annuler comme incestueux.

67. — Néanmoins, quand le mariage était contracté avec *manus*, certaines formes étaient exigées pour le divorce ; la dissolution du mariage n'allait pas sans la dissolution de la *manus*, car la *manus* ne se perdait que suivant les règles établies par la loi.

Ces formes variaient suivant que la *manus* résultait de la *confarreatio*, de la *coemptio* ou de l'*usus*.

Établie par *confarreatio*, elle se dissolvait par une cérémonie analogue appelée *diffareatio*. Elle s'accomplissait, comme la première, devant le prêtre de Jupiter c'est-à-dire le *flamen dialis*, et six témoins (2).

Quand la *manus* avait été établie par la *coemptio*, il est probable que la cérémonie contraire, c'est-à-dire une *remancipatio*, la dissolvait, car c'est ainsi que prenait fin la puissance paternelle avec laquelle la *manus* offre de grandes analogies : il y avait donc vente de la femme devant cinq témoins et un *libripens*, Romains et pubères, *per æs et libram* (3), et cette vente était suivie de l'affranchissement de la femme.

Quant à la *manus* acquise par l'*usus*, elle se dissolvait sans doute de la même manière, peut-être aussi par une sorte d'*usucapio libertatis*.

68. — En dehors de la *manus*, l'usage consacrait

(1) L. 67, § 2, de *Rit. nupt.*, 23, 2 ; — Théophile, sur le § 4, aux *Institutes, de Nupt.*, I, 10.

(2) Festus, v^o *Diffareatio*.

(3) Festus, v^o *Remancipatio*.

certaines formalités qui, sans être obligatoires, accompagnaient presque toujours le divorce.

Les époux commençaient par essayer de se réconcilier dans un petit temple dédié à la déesse Viripeaca, et situé sur le mont Palatin; le mari, avant de répudier sa femme, assemblait une sorte de conseil de famille qui, après avoir entendu ses griefs, devait essayer d'obtenir le pardon pour la femme. Cette coutume avait une telle importance que les époux qui ne s'y conformaient pas étaient sévèrement jugés par leurs contemporains (1).

Outre ces formalités préparatoires, le mari reprenait d'ordinaire à la femme les clefs de la maison et l'en chassait; réciproquement, la femme qui voulait répudier rendait, par un intermédiaire, les clefs à son mari.

Lorsque l'époux qu'on voulait répudier n'était pas présent, on lui envoyait une lettre; c'est de ce procédé qu'usa Cicéron envers Térentia.

Ou bien, procédé plus fréquent et qui finit par entrer complètement dans les mœurs, on faisait parvenir au conjoint une signification qui s'appelait, comme le mode même de divorce, *repudium*, ou encore libelle de répudiation.

Cette signification était ordinairement conçue de la manière suivante, quoique ces expressions n'eussent rien d'obligatoire (*comprobata sunt hæc verba*) : « *tuas res tibi habeto* », si elle était faite par le mari; « *tuas res tibi agito* », si elle était faite par la femme (2).

(1) Valère-Maxime, *Dict. et fact. memorab.*, II, 1, 5, 6.

(2) Cicéron, *Philippiques*, II, 28; — Juvénal, *Sat.*, VI, 146; — L. 2, § 1, de *Divort.*, 24, 2; — Martial, *Epig.*, X, 41.

Le *repudium* était ordinairement apporté à l'époux répudié par un affranchi (1). Aulu-Gelle rapporte (2) que la femme l'envoyait par l'intermédiaire d'un esclave qu'elle n'avait pas compris dans la dot et que, pour ce motif, on appelait *servus recepticius*.

69. — Toutes ces formalités ne disparurent pas ; elles continuèrent à subsister jusqu'à la fin de l'Empire ; mais on sentit bientôt le besoin d'organiser une publicité obligatoire, en raison des graves intérêts attachés à la preuve de la date exacte de la répudiation.

En effet, cette date fixait l'époque de restitution de la dot : le mari devait, au temps classique, restituer les corps certains dès le jour de la dissolution du mariage, et les quantités en trois termes annuels à partir du même jour (3). Les fruits des biens non estimés lui étaient acquis pour une durée proportionnelle au mariage (4).

Enfin, les donations étaient prohibées, à l'époque classique, entre époux (5) ; et cette prohibition cessait dès la dissolution du mariage. Il était donc important, à ce point de vue encore, et dans l'intérêt même des époux, de déterminer la date exacte de la répudiation.

70. — A ces intérêts d'ordre purement privé vinrent, au commencement de l'Empire, s'en ajouter d'autres qui tenaient à l'ordre public.

En vertu de la loi *Julia de adulteriis*, un *judicium publicum*, c'est-à-dire une action ouverte à tous, déri-

(1) D'où l'expression *libertum remittere* pour répudier.

(2) Aulu-Gelle, *Noct. Attic.*, 17, 6.

(3) Ulp., *Reg.*, VI, § 8.

(4) L. 7, §§ 1 et 3, D., *Sol. matrim.*, 24, 3.

(5) L. 1, de *Donat. int. vir. et ux.*, 24, 1.

vait de l'adultère de la femme; mais cette action ne pouvait être intentée qu'après la dissolution du mariage; pendant les soixante jours qui suivaient cette dissolution, le père et le mari seuls pouvaient agir; c'est seulement après ce délai que l'action devenait réellement publique (1).

Une loi un peu antérieure, la loi *Julia de maritandis ordinibus*, accorde à la femme, à partir du divorce, un délai de six mois pour se remarier, délai que la loi *Papia Poppæa* élève, peu de temps après, à dix-huit mois (2).

Enfin, à une époque que nous ne connaissons pas exactement, mais peut-être par la loi *Julia de adulteriis* elle-même (3), la femme que son mari répudie (4) ne peut donner la liberté à aucun esclave dans la période de soixante jours qui suit la dissolution du mariage (5).

71. — C'est sous l'empire de ces divers motifs que la loi *Julia de adulteriis* ordonna la publicité du *repudium* (6). Elle exigea qu'il fût signifié devant sept témoins qui devaient avoir les qualités habituelles des témoins, c'est-à-dire être citoyens romains et pubères. La

(1) L. 4, § 1; 14, § 2, *ad Leg. Jul. de adult.*, D. 48, 5. — L'action pouvait être intentée durant quatre mois utiles contre la femme, et durant cinq mois continus contre le mari (L. 11, § 4); mais le délai courait du jour du crime.

(2) Ulp., *Reg.*, 14.

(3) Cette conjecture peut s'appuyer sur ce que les textes cités sont extraits d'un traité d'Ulpien *de adulteriis* qui paraît être le commentaire de la loi *Julia*.

(4) Peut-être cette décision doit-elle être restreinte, par sa place et par son objet, à la répudiation pour adultère.

(5) L. 12 pr.; — L. 14 pr., D., *qui et a quibus manumit.*, 40, 9.

(6) L. 9, *de Divort.*, 24, 2; — L. 1, § 1, *unde vir.*, D., 38, 11.

signification put continuer à être apportée par un *nuntius*, par exemple, par un affranchi de l'époux qui répudiait, mais cet affranchi ne comptait pas parmi les sept témoins.

D'après Ovide (1), dont le témoignage est d'ailleurs isolé, la présence du prêteur aurait été également nécessaire.

72.— Les termes formels des textes qui nous apprennent cette nouvelle prescription nous indiquent que le divorce soustrait à ces formes obligatoires était frappé de nullité.

Ce qui nous le prouve, c'est un texte où Gaius (2) nous dit que celui qui épouse une femme qui a divorcé sans l'observation de ces prescriptions ne commet pas le crime d'adultère ; cette décision, admise par indulgence, n'empêche pas, — le jurisconsulte en fait la remarque, — le premier mariage de subsister au détriment du second, *et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur*.

Ce qui nous le prouve encore, c'est qu'à partir de cette loi, la bigamie est considérée comme un crime (3) ; or, la bigamie n'eût pas été possible si la répudiation avait pu continuer à être tacite, car le fait même d'un second mariage aurait entraîné la dissolution du premier.

73.— La loi *Julian* n'eut pourtant pas une portée absolue ; les textes nous montrent des cas où la répudiation résulte de certains faits, sans l'emploi des formes obligatoires. Ainsi, si nous en croyons Justinien (4), la loi *Papia Popæa* annulait les mariages entre les sénateurs

(1) Ovide, *de Amor.*, 56, 65.

(2) L. 43, *ad Leg. Jul. de adult.*, 48, 5.

(3) L. 1, *de His qui not.*, D., 3, 2.

(4) L. 28 C., *de Nupt.*, 5, 4.

ou leurs descendants *per masculos* et les comédiennes affranchies ou prostituées. Comme conséquence, nous l'avons dit déjà, l'élévation d'un citoyen à la dignité de sénateur dissolvait le mariage de sa fille avec un *libertus*.

74. — Les formes paraissent être restées toujours obligatoires ; dans l'usage, on relata les divorces *in acta*, c'est-à-dire dans les registres publics (1), et on brisa les tablettes qui renfermaient les conventions matrimoniales (2).

75. — En outre, il fallut s'occuper du cas où le mari était soldat, cause de divorce qui rendait difficile la signification du *repudium* à la personne même du mari. Aussi, Constantin décida-t-il (3) que, dans cette hypothèse, le libelle pouvait être envoyé au chef du corps d'armée auquel appartenait le mari.

76. — Justinien règle à nouveau dans la novelle 22, mais sans y introduire de grandes modifications, les formes du *repudium* : il doit être signifié devant sept témoins romains et pubères, et un affranchi ou un ascendant de celui qui fait la signification.

Les empereurs chrétiens donnent de nouveaux motifs à l'appui des formes obligatoires du *repudium* : les mariages doivent être plus difficiles à dissoudre qu'à former, à cause de l'intérêt des enfants, *favor etenim imperat liberorum* (4).

(1) Suétone, *in Caligul.*, 36 : — Sénèque, *Benef.*, 3, 16.

(2) Tacite, *Annales*, XI, 30.

(3) L. 7 C., *de Repud.*, 5, 17.

(4) L. 8 pr., C., *de Repud.*, 5, 17.

§ 2. — DIVORCE BONA GRATIA.

77. — Le divorce *bonâ gratiâ* resta absolument libre dans ses formes ; la convention pouvait être faite sans aucune solennité.

78. — Un seul cas doit être excepté sous Justinien, c'est le *repudium* fait par la femme pour cause de service militaire du mari ; nous avons dit que cet empereur vit dans le silence du mari un consentement qui faisait du divorce un *divortium bonâ gratiâ* (1).

Le divorce n'en resta pas moins soumis aux formes ordinaires du *repudium*, sauf que la signification dut être faite au général sous les ordres duquel servait le mari ; cette dernière formalité était empruntée à une constitution de Constantin, que nous avons citée plus haut.

(1) Nov. 22, cap. 14.

CHAPITRE III

Effets du divorce.

79. — La législation sur les effets du *repudium* ne fut pas uniforme; c'est surtout ici que l'influence du christianisme et celle de la civilisation produisirent des conséquences importantes; au contraire, le *divortium bonâ gratiâ* fut pendant très longtemps soumis aux conventions des parties, pour ses effets aussi bien que pour ses causes.

80. — Cependant, Justinien, en distinguant dans le *divortium bonâ gratiâ* les causes légitimes de celles qui ne l'étaient pas, voulut attacher une sanction à cette division. Il décida que la volonté des parties ne serait plus souveraine que dans les premières; les autres eurent leurs effets réglés par la loi (1).

Les époux coupables étaient d'abord frappés de déchéances qui les atteignaient dans leurs personnes : ils étaient enfermés dans des monastères jusqu'à la fin de leurs jours et, par conséquent, ne pouvaient pas se remarier.

Ils perdaient, de plus, tous leurs biens, qui étaient dévolus, suivant certaines conditions que nous examinerons en étudiant la législation de Justinien, soit à leurs héritiers présomptifs, soit au monastère où ils étaient enfermés. Cette législation ne dura pas long-

(1) Nov. 134.

temps, car on se rappelle que la distinction introduite par Justinien dans le divorce *bonâ gratiâ* fut abrogée par son successeur.

81. — Quant au *repudium*, ses effets subirent des variations très nombreuses que nous étudierons en nous plaçant au triple point de vue de la personne des époux, de leurs biens, de leurs enfants.

Nous exposerons en même temps, à mesure que l'occasion s'en présentera, les effets du *divortium bonâ gratiâ*.

SECTION I

Effets du divorce quant à la personne des époux.

82. — Le mariage étant dissous, les époux pouvaient immédiatement en contracter un second ; bien plus, la loi *Julia de maritandis ordinibus*, désireuse, ici comme ailleurs, de multiplier les mariages, édicta un certain délai pendant lequel la femme devait se remarier : ce délai, fixé par la loi *Julia* à six mois, fut étendu à dix-huit mois par la loi *Papia Poppæa* (1). Au bout de ce temps, la femme qui ne s'était pas remariée encourait toutes les peines que les *leges novæ* infligeaient au célibat. Quant au mari, il était tenu, sans doute pour ne pas encourir les mêmes peines, de se remarier immédiatement après le divorce.

83. — A part ces déchéances, les époux restaient libres de convoler à de nouvelles unions et le blâme public seul pouvait les atteindre ; car on se saurait con-

(1) Ulpien, *Reg.* 14.

sidérer comme un fait habituel l'expulsion du Sénat qui, au dire de Valère-Maxime (1), atteignit Lucius Antonius pour avoir répudié sa femme sans consulter ses amis.

84. — Toutefois, les lois introduisirent des modifications de diverses espèces.

D'un côté, afin d'éviter la *turbatio sanguinis*, la femme ne put pas se remarier avant un certain délai.

D'un autre côté, la défense de se remarier fut imposée au divorcé dans certaines circonstances, soit à titre de peine, soit par égard pour l'autre époux.

Une législation spéciale régit la femme affranchie qui avait répudié son patron ou avait été répudiée par lui.

Il y eut enfin des règles particulières pour le cas d'adultère.

Nous exposerons successivement ces diverses situations.

§ 1. — DÉLAI DE VIDUITÉ.

85. — Lorsque le mariage était dissous par la mort dumari, la femme ne pouvait se remarier avant un délai de dix mois. Cette prohibition avait été édictée dès une époque très ancienne, pour éviter la *turbatio sanguinis* ou confusion de part, c'est-à-dire l'incertitude qui pouvait s'élever sur le point de savoir auquel des deux maris appartenait l'enfant qui pouvait naître : les Romains avaient, en effet, adopté la présomption que la durée la plus longue de la gestation était de dix mois.

86. — Il est certain que pendant longtemps cette obligation ne fut pas imposée à la femme divorcée; nous

(1) *Dict. et fact. memorab.*, II, 9, 2.

en trouvons la preuve dans la disposition de la loi *Julia de maritandis ordinibus* qui exigeait que la femme, pour se soustraire à certaines déchéances, se remariât dans un délai de six mois. Quand, plus tard, la loi *Papia Poppæa* eut porté ce délai à dix-huit mois, il est permis de croire que la femme divorcée fut, aussi bien que la veuve, soumise à la défense de se remarier dans les dix mois. Quelle autre raison pourrait-on donner de cette innovation ? De plus, les précautions prises pour éviter la supposition ou la suppression de part, précautions que nous détaillerons bientôt, n'auraient pas été efficaces, s'il avait été permis à la femme de se remarier immédiatement (1).

Notons encore divers textes qui ne permettent à la femme de se remarier qu'au bout d'un an, lorsque le divorce est intervenu sans sa faute, ou dans le cas de *divortium bonâ gratiâ*. Ce délai, imposé dans des hypothèses où aucune faute n'était imputable à la femme, montre bien qu'il était obligatoire dans toute hypothèse. (L. 8 et 9 C., *de Repud.*, 5, 17.)

87. — La contravention à cette obligation n'eut de sanction à l'égard de la femme qu'assez tard, et à une époque qu'il est impossible de préciser. Cette sanction, que nous trouvons en vigueur à la fin du quatrième siècle après Jésus-Christ, fut l'infamie (2).

(1) Les empereurs chrétiens portèrent le délai à un an, sans doute pour les mêmes raisons de convenance qui obligeaient la femme à porter un an le deuil du mari. (L. 2 G., *de Secund. Nupt.*, 5, 9.) Aussi, le délai n'était-il plus diminué au cas d'accouchement avant son expiration. (Just., Nov. 39, cap. 2.) Au contraire, à l'époque classique, la femme qui accouchait avant la fin des dix mois pouvait immédiatement se remarier. (L. 11, §§ 1 à 3, *de His qui not. inf.*, 3, 2.)

(2) L. 1 C., *de Sec. Nupt.*, 5, 9.

88. — Gratien, Valentinien et Théodose y ajoutèrent d'autres peines (1) : leur nature particulière semble indiquer qu'elles furent spéciales au cas de mort du mari ; nous n'avons donc pas à nous en occuper : la femme perdait ce que son mari lui avait donné et laissé.

En outre, elle ne pouvait rien recueillir par testament ; elle ne pouvait disposer, au profit de son deuxième mari, que du tiers de sa fortune, et ne succédait pas *ab intestat* au delà du troisième degré.

89. — Diverses autres personnes considérées comme coupables, — le père de la femme, le second mari et son père, — encouraient aussi des peines (2).

90. — Ce délai de viduité était nécessaire pour éviter soit une suppression, soit une supposition de part.

Le mari pouvait avoir quelque raison de soupçonner que sa femme, au moment du *repudium*, était enceinte, et craindre qu'elle ne se fît avorter. Pour parer à ce crime, il était nécessaire qu'il pût la soumettre à une surveillance rigoureuse et s'assurer, au cas où elle prétendrait ne pas être enceinte, de l'exactitude de son allégation.

Un rescrit de Marc-Aurèle (3) organise cette vérification ; cinq matrones (*obstetrices*), que le préteur désigne, examinent la femme (*inspiciunt ventrem*). Si la majorité décide qu'elle est enceinte, on la fait surveiller pour éviter un avortement (4).

Les nombreuses formalités que comprend cette surveillance sont indiquées dans l'édit du préteur que

(1) L. 1 C., *cod.*

(2) LL. 1 et 2, § 3, D. *de His qui not. inf.*, 3, 2.

(3) L. 1 pr., *de Insp. ventre*, D. 25, 4.

(4) Paul, *Sentent.*, II, 24, §§ 7 et 8.

rapporte textuellement la loi 1, *de Inspiciendo ventre* (D. 25, 4).

91. — La fraude contraire était également à craindre : la femme pouvait faire une supposition de part, c'est-à-dire présenter comme sien un enfant appartenant à un autre. Pour éviter cette fraude, le sénatus-consulte Plancien obligea la femme ou son père à notifier, dans les trente jours qui suivaient le divorce, au mari ou au père du mari, qu'elle était enceinte. Si le mari n'a pas de doute sur l'exactitude de cette allégation, il ne répond rien ; s'il a, au contraire, quelque raison de croire que la femme n'est pas enceinte, il lui envoie des gardiens (*custodes*) chargés de l'examiner et de la surveiller (*ad ventrem observandum inspiciendumque*). L'enfant, si l'assertion de la femme est reconnue exacte, appartiendra au mari. Au contraire, le mari pourra le désavouer sans faire aucune preuve, si les gardiens ont constaté que la femme n'était pas enceinte, ou si elle n'a pas notifié au mari son état de grossesse, ou enfin si elle a refusé de recevoir les gardiens (1).

92. — Le sénatus-consulte ne laissait pas, d'ailleurs, sans défense, l'enfant ainsi désavoué ; par le *præjudicium de partu agnoscendo*, il pouvait, aussi bien que sa mère, prouver la paternité du mari (2).

(1) Paul, *Sentent.*, II, 24, §§ 5 et 6.

(2) L. 1, *de Agnoscend. et al. lib.*, 25, 3.

§ 2. — HYPOTHÈSES DANS LESQUELLES LE SECOND MARIAGE DU RÉPUDIANT EST SOUMIS A CERTAINS DÉLAIS.

93. — L'obligation pour l'époux qui a divorcé d'attendre un certain délai pour contracter un second mariage, soit par défaveur pour lui, soit par faveur pour son conjoint, s'introduisit très tard dans la législation.

94. — Nous en trouvons la première trace dans une constitution déjà citée de 331, due à l'empereur Constantin (1), et elle se rattache à la distinction que nous avons plus d'une fois signalée entre les causes légitimes et les causes non légitimes du divorce.

Les premières n'entraînaient pas de déchéances pécuniaires contre l'époux qui avait donné lieu au divorce. Au contraire, les secondes aboutissaient à la punition de l'époux qui avait injustement répudié son conjoint, par des déchéances personnelles : la femme qui divorçait était exilée; le mari ne pouvait pas se remarier. Son second mariage n'était pourtant pas nul, et, à ce point de vue, on peut dire que la peine que nous indiquons n'atteignait en réalité que les biens et non la personne du mari, car s'il se remariait, la femme qu'il avait répudiée pouvait s'emparer de la dot de la seconde femme.

95. — Peu de temps après, en 337, Constantin régla d'une manière spéciale une hypothèse particulière qui, depuis, donna lieu à d'autres décisions. Quand la femme répudiait son mari absent pour service militaire, elle

(1) L. 4, C. Th., *de Repud.*, 3, 16,

n'eut plus le droit de se remarier après la simple expiration du délai d'un an; elle dut attendre quatre ans à partir du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (1).

95. — La constitution par laquelle Honorius et Théodose, en 421, introduisirent l'éphémère distinction entre les fautes qui entraînaient le divorce (2), régla les effets de ces diverses sortes de divorces quant aux personnes.

Aucune modification ne fut introduite, en ce qui concerne l'époux répudié, dans le cas où le divorce était fondé sur une faute grave de celui-ci; mais l'autre époux ne put, si c'était la femme, se remarier qu'après un délai de cinq ans; le mari, au contraire, eut le droit, comme autrefois, de convoler immédiatement.

97. — Lorsque le divorce était fondé sur des fautes légères commises par la femme, *morum culpâ*, elle ne pouvait pas se remarier et le mari devait attendre un délai de deux ans. Nous ignorons si le second mariage contracté contrairement à ces dispositions était ou non valable, s'il y avait là un empêchement prohibitif ou dirimant.

98. — Enfin, la constitution régla de la manière suivante la répudiation qui ne provenait pas d'une cause légitime; l'époux coupable d'avoir répudié sans motif ne pouvait pas, que ce fût la femme ou le mari, se remarier. Son conjoint n'encourait aucune déchéance.

99. — Cette constitution était manifestement empreinte de l'influence du christianisme; il en fut tout

(1) L. 1 C., *de Repud.*, 5, 17.

(2) L. 2 C., Théod., *de Repud.*, 3, 16.

autrement de celle que rendirent, en 449, les empereurs Théodose et Valentinien (1); comme nous l'avons vu, ils augmentèrent notablement les causes de divorce et diminuèrent les peines qui en résultaient.

En cas de répudiation fondée sur une cause légitime, la situation antérieure était maintenue. La répudiation pour faute légère était supprimée, et, par conséquent, les faits qui pouvaient y donner lieu devenaient des causes légitimes.

Quant à la femme qui avait répudié son mari sans motif, elle ne pouvait se remarier que dans un délai de cinq ans, tandis que celui-ci le pouvait immédiatement. Aucune déchéance ne frappait la femme injustement répudiée, qui continuait à avoir le droit de se remarier après un délai d'un an; il est probable que son mari conservait, malgré sa faute, la même faculté.

100. — Jusqu'au moment où, dans la novelle 117, il réforma la législation du divorce, Justinien s'occupa peu des effets que produisait la répudiation quant aux personnes. Nous ne voyons guère à signaler que la disposition de la novelle 22 (2) relative à la répudiation émanant de la femme du soldat : le délai pendant lequel elle ne put se remarier fut porté à dix ans, à partir de la réception des dernières nouvelles; encore devons-nous rappeler que cette même novelle considéra le *repudium*, dans cette hypothèse, comme un *divortium bonâ gratiâ*. Cette disposition perdit de son importance par la modification qu'y apporta la novelle 117. Nous avons dit qu'aux termes de cette dernière

(1) L. 8, *de Repud.*, C., 5, 17.

(2) Cap. 14.

constitution (1), l'absence pour cause de service militaire ne fut plus une cause légitime de divorce, que la femme ne put répudier son mari qu'après le serment du tribun sur les Écritures, enfin, que sous cette condition, un second mariage était possible après l'expiration du délai d'un an. Nous avons ajouté que la validité de ce second mariage était soumise à une condition singulière, c'est que le premier mari ne reparût pas. S'il revenait, il avait la faculté de reprendre sa femme, parce que le serment qui avait permis à la femme de contracter un second mariage s'était trouvé faux.

101. — En dehors de cette hypothèse, la situation des époux fut réglée d'une manière très simple.

L'époux qui répudiait sans cause légitime était enfermé pour le reste de sa vie dans un monastère; l'époux répudié pouvait se remarier immédiatement si c'était le mari, au bout d'un an, si c'était la femme.

102. — La décision absolument opposée était adoptée pour le cas où la répudiation provenait d'une cause légitime : c'était alors le répudiant qui pouvait se remarier de suite ou après le délai d'un an, et le répudié qui devait passer la fin de sa vie dans un monastère.

103. — Il nous faut maintenant passer au règne de Léon pour trouver quelques modifications.

Ce prince, qui fit de la folie une cause de répudiation légitime, ne permit pas à l'époux qui avait répudié son conjoint pour cause de folie de se remarier immédiatement : le mari dut attendre un délai de trois ans et la femme de cinq ans après la répudiation; l'un ou l'autre était même obligé de reprendre son époux, si celui-ci

(1, Cap. 44.

était guéri à l'expiration de ce délai. Ces dispositions supposaient que la folie était accidentelle, ou, du moins, ne provenait pas de sévices émanant du conjoint ou de l'un de ses parents. Dans ce dernier cas, le conjoint coupable devait entrer dans un monastère et y passer le reste de ses jours (1).

§ 3. — DIVORCE ENTRE PATRON ET AFFRANCHIE.

104. — Pendant longtemps, le mariage ne fut pas possible entre ingénus et affranchis (2); cette prohibition survécut même plusieurs siècles à celle du mariage entre patriciens et plébéiens qui dérivait sans doute du même motif : malgré la règle générale d'après laquelle la femme prend le rang de son mari (3), les mariages entre ingénus et affranchis ou entre patriciens et plébéiens maintenaient, par une exception inexplicable, les époux dans leur condition antérieure. En conséquence, l'*individua vitæ consuetudo*, c'est-à-dire l'union complète entre les époux, que les Romains considéraient comme essentielle au mariage, ne pouvait pas se produire.

105. — On ignore à quel moment disparut la prohibition du mariage entre ingénus et affranchis (4); on en attribue souvent l'abrogation aux lois Caducaires,

(1) Léon, Nov. 134.

(2) Arg. Tite-Live, XXXIX, 19, qui rapporte que par faveur Hispalia Fecernia, affranchie, reçut le droit d'épouser un ingénu, comme récompense de la dénonciation des Bacchanales.

(3) *Fragm. Vatic.*, § 104.

(4) Dès l'année 310 de Rome, un plébiscite, rendu sur la proposition du tribun Canuléius, permit le mariage entre patriciens et plébéiens, (Tite-Live, IV, 4.)

désireuses de multiplier les mariages ; mais la loi 23, *de Ritu nuptiarum* (23, 2), qu'on cite en ce sens, nous paraît démontrer uniquement qu'à l'époque où ces lois furent rendues la prohibition n'existait plus.

106. — Quoi qu'il en soit, le nouveau régime permettait le mariage du patron ou de la patronne avec son affranchie ou affranchi.

107. — Or, l'affranchi avait de graves devoirs à remplir envers son patron. Le plus important était celui que les textes désignent sous le nom de *reverentia* et d'*obsequium*, et qui consiste dans un respect poussé jusqu'à l'exagération. Ce devoir ne disparaît pas par l'effet du mariage, et il a, au point de vue du divorce, des conséquences importantes.

108. — L'affranchie épouse de son patron, qui répudie ce dernier, pour quelque cause que ce soit, est obligée de se munir de son consentement, si elle veut ensuite soit se remarier, soit devenir la concubine d'un autre homme (1).

Pendant un certain temps même, cette répudiation était impossible; le patron avait, en effet, jusqu'au consulat d'Atticus Capito, sous Auguste, le droit de forcer son affranchie à l'épouser (2); par conséquent, il pouvait la forcer à lui rester unie.

109. — Cette obligation dut disparaître peu à peu, en raison de l'effacement progressif de la distinction entre la condition des affranchis et celle des ingénus. A partir du jour où Justinien eut accordé aux affranchis

(1) L. 51 pr., *de Rit. nupt.*, 23, 2; — LL. 10 et 11, *de Divort.*, 24, 2. — Il en était de même de l'affranchie qui quittait son patron dont elle était la concubine. (L. 1 pr., *de Concub.*, 25, 7.)

(2) LL. 28 et 29, *de Rit. Nupt.*, 23, 2.

ce qu'on appelle le *jus regenerationis* (1), c'est-à-dire les eut assimilés, au point de vue de la situation sociale, aux ingénus, cette nécessité de l'autorisation du patron n'eut plus de raison d'être; sans doute Justinien ne supprima pas les droits du patron; mais ces droits ne paraissent avoir été maintenus que dans l'intérêt pécuniaire du patron, et non dans un but d'ordre public; or, le patron n'était pas pécuniairement intéressé à conserver le droit de s'opposer au second mariage de l'affranchie qui le répudiait. Nous devons dire, toutefois, que la nouvelle 22, cap. 37, maintint ces dispositions.

110. — Telles sont les règles applicables à la répudiation du patron par l'affranchie. Il faut remarquer que ces restrictions ne concernent pas le cas où c'est le patron qui répudie l'affranchie. Les textes sont encore muets sur le divorce entre la patronne et l'affranchi, et cela suffit pour ne pas lui appliquer ces mêmes restrictions.

§ 4. — ADULTÈRE.

111. — L'adultère était réprimé à Rome avec une sévérité particulière; la loi *Julia de adulteriis* édictait contre lui des peines personnelles et pécuniaires très graves (2); Constantin alla jusqu'à le punir de mort (3).

Ce ne sont pas ces peines que nous passerons en revue; nous parlerons simplement de deux déchéances spéciales, l'une temporaire, l'autre perpétuelle, qui

(1) Nov. 78, cap. 1 et 2.

(2) *Ad. leg. Jul. de adult.*, D. 9, 9.

(3) L. 30, § 2, *eod.*

atteignaient la femme, lorsqu'elle avait été répudiée par son mari pour cause d'adultère.

112. — D'abord, la femme ne peut affranchir ou aliéner aucun esclave pendant les soixante jours qui suivent la répudiation (1).

Cette règle est facile à comprendre : les esclaves seuls peuvent être mis à la torture (2); or, il est possible qu'ils aient été témoins de l'adultère commis par leur maîtresse, et peut-être la torture sera-t-elle nécessaire pour leur arracher des révélations; c'est pourquoi on cherche à les maintenir esclaves au moins soixante jours, c'est-à-dire pendant le délai durant lequel le mari et le père ont seuls la faculté d'intenter le *judicium publicum* résultant de l'adultère (3).

113. — Il est vrai que ce motif ne s'applique pas au cas d'aliénation : l'esclave ne changeant pas de condition peut être mis à la torture. Mais il faut, pour cela, remplir des formalités particulières : l'accusateur qui veut mettre à la torture l'esclave d'autrui doit obtenir le consentement du maître; si ce consentement lui est refusé, il doit s'engager à payer la valeur de l'esclave ou la dépréciation que les résultats de la torture lui ont fait subir (4).

114. — Quoique certains textes soient conçus en termes généraux, nous croyons devoir ne les appliquer qu'au cas où la répudiation émane du mari; c'est seulement alors que le *repudium* peut être présumé causé

(1) L. 42 pr. et § 1; — L. 14 pr. et § 1, *qui et a quibus manumit.*, 40, 9.

(2) Ils ne le peuvent pas dans les accusations dirigées contre le maître; mais il y a exception pour le cas d'adultère. (L. 18, *de Question.*, 48, 18.)

(3) L. 4, § 1, *ad Leg. Jul. de adult.*, 48, 5.

(4) Paul, *Sent.*, V, 16, § 3.

par l'adultère de la femme. La loi 14, § 2, *qui et a quib.* D. 40, 9, dit d'ailleurs *repudio manumissa sit* (1).

115. — Ces règles s'appliquent dans l'hypothèse où la femme, durant le mariage, mais en prévision du divorce (2), affranchit ou aliène l'un de ses esclaves.

116. — Passons au second effet du *repudium* pour adultère qui, comme le précédent, est spécial à la femme, mais qui consiste dans une déchéance plus durable.

La femme répudiée pour adultère ne peut pas épouser son complice (3). Et cette décision doit être étendue même au cas où il n'y aurait pas de répudiation, et où la femme voudrait, après la mort de son mari, se remarier.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu condamnation ni même poursuite; il suffit que l'adultère soit parfaitement prouvé.

Ajoutons que cette prohibition perdit de son importance, à dater de la Constitution que nous avons citée plus haut, et dans laquelle Constantin punit de mort la femme adultère et son complice; l'intérêt de cette défense ne persiste que pour le cas où l'adultère n'avait pas donné lieu à une poursuite.

(1) Ce même passage semble indiquer que la prohibition existe également en cas de divorce *bonâ gratiâ*: « *sive autem divertit, sive repudio dimissa sit.* » Mais le motif sur laquelle elle est fondée rend cette extension peu probable. Le paragraphe 4 porte d'ailleurs formellement que ces règles ne s'appliquent pas au cas de divorce *bonâ gratiâ*.

(2) C'est ainsi qu'on peut traduire les mots *dum divortium cogitat* qui, s'ils signifiaient pendant qu'elle prémédite le divorce, contrediraient ce que nous avons dit plus haut.

(3) L. 40 pr., *ad Leg. Jul. de adult.*, 48, 5.

117. — Justinien (1) abolit la sanction que Constantin avait attachée à l'adultère, et lui en substitua d'autres moins sévères qui purent donner une application plus étendue à la prohibition du mariage entre la femme adultère et son complice.

SECTION II

Effets quant aux biens des époux.

118. — Le divorce étant un mode de dissolution du mariage, le sort des biens aurait dû rationnellement se régler comme au cas où le mariage se dissolvait par la mort de l'un des époux.

Il en serait résulté que le mari aurait conservé tous ses biens ; que la dot apportée par la femme *ad sustinenda onera matrimonii*, et qui était devenue la propriété du mari par le fait du mariage (2), aurait été gardée par lui ; de sorte que la femme se serait trouvée dans la misère.

119. — Telle fut cependant la législation au début de Rome, et elle eut plus d'avantages que d'inconvénients.

Le divorce, nous l'avons montré, était très rare en pratique, si même il y en eut des exemples. Le mariage se dissolvait donc par la mort de l'un des époux.

Si le mari précédait, la femme, qui était toujours *in manû*, c'est-à-dire *loco filiaë*, prenait une part d'enfant dans la succession, et participait, par conséquent, à la dot comme à tous les autres biens du mari. Plus tard,

(1) Nov. 134, cap. 10.

(2) *Pr. quib. alien. lic. Instit.*, 2, 8, etc...

lorsque la *manus* disparut, un usage qui était presque une loi (1) obligea le mari à faire un legs à sa femme.

Si, au contraire, la femme mourait la première, il était juste que le père qui avait la charge des enfants conservât la dot.

L'intérêt des enfants exigeait également que la dot fût la propriété du mari, car si la femme en était restée propriétaire, elle l'aurait, à son décès, laissée dans sa succession. Or, jusqu'au règne des Antonins (2), les enfants ne succédaient pas à leur mère, qui n'avait pas d'héritiers siens et ne pouvait laisser que des agnats. Les enfants ne pouvaient même recueillir cette succession par l'effet d'un testament, car, jusqu'au règne de Claude (3), la femme ne pouvait tester sans l'*auctoritas* des agnats, sous la tutelle desquels elle se trouvait, et ceux-ci auraient eu garde d'accorder un consentement qui les aurait dépouillés eux-mêmes.

120. — Le sénatus-consulte Orphitien, qui admit les enfants à succéder à leur mère, fit disparaître l'un des principaux intérêts du maintien de la dot entre les mains du mari.

Bien antérieurement à cette disposition législative, les progrès croissants du divorce obligèrent le législateur à donner à la femme un moyen de recouvrer sa dot, afin qu'elle pût vivre et se remarier, *propter quas nubere possint*, surtout après la loi *Julia de maritandis ordinibus*.

(1) V. Esmein, *Le Testament du mari et la donation ante nuptias*. — *Nouvelle revue historique du Droit*, 1884.

(2) L. 1 pr., *ad Sept. Tertull.*, 38, 17.

(3) Gaius, I, §§ 157 et 171 ; — Ulp., *Reg.*, XI, § 8.

L'inaliénabilité de la dot ne fut pas l'une des moindres conséquences de cette nouvelle législation.

121. — L'action *rei uxoriæ*, par laquelle la femme peut réclamer sa dot, apparaît longtemps avant la loi *Julia*.

Aulu-Gelle (1), qui cite à l'appui de ce qu'il avance un passage de Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron, rapporte que dès le divorce de Sp. Caroilius, on s'occupa de donner à la femme répudiée le moyen de recouvrer sa dot.

Ce moyen paraît avoir consisté d'abord dans une promesse que l'usage imposa au mari lors de la réception de la dot; il promettait d'en restituer une partie qui devait être fixée au moment même du divorce : « *ut si divortium contigisset quod æquius melius esset apud eum remaneret, reliquum dotis uxori restitueretur* (2). »

Lorsque le moment était arrivé, le juge, se basant uniquement sur l'équité, déterminait la part qui devait être restituée à la femme.

122. — Comme dans beaucoup d'autres hypothèses, cette *cautio rei uxoriæ* finit par devenir inutile; la promesse fut sous-entendue, et l'action *rei uxoriæ* naquit de plein droit, au profit de la femme, par le fait même du divorce; elle fut de même étendue assez rapidement à la dissolution du mariage par la mort du mari (3), et même, sous certaines conditions, par la mort de la femme (4). La part de dot à restituer variait sui-

(1) *Noct. Attic.*, 4, 3.

(2) Boece, *sur les Topiques de Cicéron*, 4.

(3) L. unic., § 14 C., *de Rei ur. act.*, 6, 13.

(4) Ulp., *Reg.*, 6, § 3.

vant que le *repudium* avait eu lieu pour cause légitime ou non légitime.

125. — Enfin un dernier élément joua un grand rôle dans les règles que nous aurons à étudier : ce fut la *donatio ante nuptias*, mentionnée avec détails dans une constitution déjà citée de Théodose et Valentinien (449 après J.-C.) (1).

Cette institution, quoique de plusieurs siècles postérieure à la dot, lui formait pendant.

Elle consistait dans une donation faite à la femme soit par le mari, soit, beaucoup moins fréquemment, par un tiers; le mari en restait propriétaire durant le mariage et devait la restituer à la femme lors de la dissolution. Nous verrons que les règles du divorce modifièrent ce principe.

124. — Deux questions demandent à être traitées ici :

1^o Suivant quelles règles s'opère la dévolution des biens qui, durant le mariage, étaient réunis dans le patrimoine du mari?

2^o Par quelle voie chaque époux fait-il valoir ses droits?

§ 1. — SUIVANT QUELLES RÈGLES S'OPÈRE LA DÉVOLUTION DES BIENS.

123. — Sous l'empire de la *manus* qui, suivant le système que nous avons adopté, était, au début du Droit romain, inhérente à l'institution même du mariage, le mari conservait, au cas de divorce, la totalité des biens de la femme ; celle-ci n'avait même pas l'espoir de re-

(1) L. 8, § 4 C., de *Repud.*, 5, 17.

cueillir, en qualité de *filiafamilias*, une partie de la succession de son conjoint, puisque la *manus* dont dérivait ses droits était dissoute avec le mariage.

126. — Mais bientôt un remède partiel fut apporté à ces principes.

Nous avons vu que dès l'origine du Droit romain, on introduisit entre les causes légitimes et non légitimes du divorce une distinction qui devait acquérir une si grande importance ; c'est principalement en notre matière que cette distinction produisit de graves conséquences. Le mari ne put garder la dot de sa femme que s'il la répudiait pour une cause légitime ; au cas contraire, il perdait et la dot et ses propres biens ; la femme acquérait une moitié du patrimoine de son mari ; le reste était consacré au culte de Cérès (1).

127. — Romulus ne faisait aucune restriction au droit commun en ce qui concernait le divorce *bonâ gratiâ* ; la femme, intervenant à la convention, ne pouvait se plaindre des suites d'un divorce auquel rien ne l'avait forcée de consentir.

128. — Quant au *repudium* émanant de la femme, il n'y avait pas davantage à s'en occuper, puisque, d'après nous, la femme *in manû* ne pouvait répudier son mari sans le consentement de celui-ci.

129. — Plus tard, la *manus* cessa d'être indispensable au mariage ; elle finit même par disparaître. Dès les premiers empereurs, la *confarreatio* était devenue d'une extrême rareté, ainsi que le montre un fait rapporté par Tacite (2) et qui se passa sous le règne de

(1) Plutarque, *Vie de Romulus*.

(2) *Annales*, IV, 16.

Tibère; plus tard encore, un sénatus-consulte modifia l'un des effets de la *confarreatio*, en décidant que la femme ne tomberait plus, par ce procédé, sous la puissance du mari que pour le culte; pour le reste, les *confarreatæ nuptiæ* avaient absolument les effets du mariage contracté sans *manus*; même ainsi modifiée, elle ne se maintint pas, et à l'époque de Gaïus (1) elle n'était plus en vigueur depuis longtemps.

Quant aux deux autres modes de constitution de la *manus*, on ignore à quel moment ils disparurent.

Quoi qu'il en soit, nous savons que, longtemps avant la fin de République, la *manus* n'accompagnait plus tous les mariages : l'obligation pour la fille qui voulait divorcer de se munir du consentement de son père, — ainsi que la faculté accordée à celui-ci d'imposer le divorce à sa fille, — ne peuvent s'appliquer qu'au mariage contracté sans *manus* : elles supposent, en effet, que la femme, loin de tomber sous la puissance de son mari, est restée sous celle de son père.

150. — Ce droit au divorce, que l'atténuation progressive de la *manus* accorda à la femme, amena des décisions législatives destinées à en régler les suites; d'un autre côté, le *repudium* émané du mari devint de plus en plus fréquent; aussi, fallut-il régler les effets pécuniaires du divorce.

Il faut ajouter qu'une considération plus grave que toutes les autres domina l'esprit de la nouvelle législation; ce fut le désir de voir la femme divorcée contracter un second mariage : la restitution de sa dot

(1) I, § 136.

devait lui permettre de se remarier plus facilement.

151. — A la suite des progrès successifs dont nous avons fait l'histoire, le mari finit par être obligé de restituer l'intégralité de la dot. Les corps certains devaient être rendus immédiatement après la dissolution, les quantités en trois termes égaux et annuels (1).

152. — Tel fut le principe, absolument opposé, comme on le voit, à celui qui réglait le divorce à l'époque primitive. Il comportait d'importantes exceptions, qui toutes se rattachaient à la distinction que nous avons tant de fois mentionnée. Il est à remarquer, en effet, que les Romains, fidèles à l'avarice dont les historiens rapportent tant de preuves, songèrent toujours à punir l'époux coupable par des déchéances pécuniaires.

A moins que le divorce n'eût lieu *bonâ gratiâ*, il y avait toujours un époux coupable : dans le *repudium* pour cause légitime, c'était le répudié ; dans le *repudium* sans cause légitime, c'était le répudiant.

L'époux coupable était soumis à des peines dont bénéficiait généralement l'époux innocent. Ces peines variaient en raison du sexe de celui qui en était frappé.

153. — Parlons d'abord des peines qui atteignaient la femme.

La femme qui avait été répudiée par son mari pour cause d'adultère laissait entre les mains de celui-ci une portion de sa dot, que la loi fixait à un sixième (2). C'était si bien une peine qu'elle ne pouvait être ni écartée ni même diminuée par une convention interve-

(1) Ulp., *Reg.*, VI, § 8.

(2) Ulp., *Reg.*, VI, § 12.

nue entre les parties (1). Le reste de sa dot et le tiers des biens qui n'en faisaient pas partie, — par exemple ceux lui provenant de la succession de son père (2), — étaient confisqués au profit du Trésor public.

154. — Toute autre faute contre les mœurs était considérée comme de moindre importance, *leviores mores*, et la femme qui, sans être adultère, était répudiée pour cause légitime, par exemple à la suite d'un repas pris avec des hommes étrangers à sa famille, laissait entre les mains du mari un huitième de sa dot (3).

155. — Enfin, aucune peine ne frappait la femme répudiée pour une cause légitime indépendante de ses mœurs, par exemple un complot.

156. — Elle n'en subissait pas non plus, quand elle avait elle-même répudié son mari, fût-ce sans cause légitime.

157. — Le mari qui répudiait sa femme sans cause légitime ou qui était répudié pour une cause légitime ne paraît pas avoir été obligé, au temps classique, de payer une indemnité à celle-ci; la seule déchéance qu'il éprouvât était l'obligation de restituer immédiatement la dot en cas de faute grave, *propter majores mores*, et par termes semestriels en cas de faute légère, *propter minores mores*; pour les corps certains, il devait, avec la dot, donner une valeur correspondante aux mêmes peines (Ulp., *Reg.* VI, 13), mais ce n'étaient là que des déchéances sans gravité.

La femme ne bénéficiait pas de la seule peine sé-

(1) L. 5 pr., de *Pact. dotal.*, D., 23, 3.

(2) Paul, *Sent.*, II, 26, § 14.

(3) Ulp., *Reg.*, VI, § 12.

rieuse qui lui était infligée : la confiscation de la moitié de son patrimoine (1).

138. — On peut également considérer comme dérivant d'une peine, la retenue *propter liberos* (2), c'est-à-dire le droit qu'avait le mari de conserver une partie de la dot pour l'entretien des enfants ; comme les peines de l'adultère, ce droit supposait que le divorce provenait d'une faute de la femme ; il n'existait donc, ni au cas de *divortium bonâ gratiâ*, ni au cas de répudiation de la femme sans cause légitime. Toutefois, il s'exerçait quand la répudiation provenait d'une faute de l'ascendant sous la puissance duquel la femme était placée, ou quand la répudiation était faite par la femme sans cause légitime.

La ressemblance de ces deux droits n'était donc pas absolue ; ajoutons que la retenue *propter liberos* se justifiait encore à un autre point de vue : c'était une indemnité en raison de la charge qui incombait désormais au mari d'élever les enfants avec ses seules ressources et sans le secours de la dot apportée par la femme. Ce second point de vue, que les textes indiquent en même temps que le premier, nous sera tout à l'heure d'un grand secours pour la solution d'une question spéciale.

Les textes en tirent une autre conséquence : c'est qu'à la différence de la retenue *propter mores*, la retenue *propter liberos* dépendait, quant à sa quotité, de la convention (3). Ce n'est qu'à défaut de clause jointe à la convention que la loi fixait cette quotité : elle était d'un

(1) Paul, *Sent.*, II, 26, § 14.

(2) Ulp., *Reg.*, VI, § 10 ; — *Fragm. vatic.*, § 121 ; — Cicéron, *Topiques*, 4.

(3) *Fragm. vatic.*, §§ 106 et 107 ; — L. 2, *de Pact. dotal.*, 234.

sixième par enfant, sans pouvoir dépasser la moitié de la dot.

On pourrait être tenté de renverser la proposition employée par les textes, et de dire que c'est par une punition infligée au mari, que celui-ci, dans le cas où le divorce a lieu sans la faute de la femme, est obligé de supporter les frais de l'entretien et de l'éducation des enfants communs sans recours contre leur mère; mais cette idée ne serait pas plus exacte que la précédente. Comment comprendrait-on alors que le mari puisse, par une convention contemporaine à la constitution de dot, se réserver la retenue *propter liberos*, même pour le cas où le divorce ne proviendrait pas d'une faute de la femme?

159. — A côté de ces deux retenues, — dont l'une était faite à titre de peine et dont l'autre était surtout une indemnité, — le mari pouvait exercer sur la dot une troisième retenue qui consistait exclusivement dans le remboursement d'une dépense et qui, par conséquent, s'appliquait, quelle que fût l'origine du divorce : c'était la retenue *propter impensas*.

Le mari pouvait être amené à faire sur le fonds dotal des dépenses voluptuaires, utiles et nécessaires (1).

Les dépenses voluptuaires n'ouvraient au mari aucun droit à indemnité; faites dans le but de rendre la jouissance du fonds plus agréable, et ne produisant aucune augmentation de valeur, elles ne pouvaient devenir la source d'un appauvrissement pour la femme. Toutefois, si les additions faites au fonds pouvaient être

(1) Ulp., *Reg.*, VI, §§ 14, 15, 16 et 17.

enlevées sans le détériorer, le mari pouvait les enlever; la femme, en sa qualité de propriétaire, avait le droit de s'opposer à cet enlèvement, mais elle devait alors rembourser au mari la valeur intégrale des constructions (1).

Quant aux dépenses utiles, — c'est-à-dire qui procuraient une amélioration au fonds, mais qu'on aurait pu se dispenser de faire, — certains juriconsultes en faisaient dériver une indemnité égale à leur montant (2), mais cette opinion ne prévalut pas. On distingua suivant que les dépenses avaient été faites sans le consentement de la femme ou avec son assentiment; au premier cas elles étaient assimilées aux dépenses voluptuaires, c'est-à-dire que le mari ne pouvait que les enlever; au second cas elles rentraient dans la catégorie des dépenses nécessaires (3). Elles en différaient pourtant à un point de vue : la règle *impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt* que nous retrouverons ne leur était pas applicable.

Enfin, les dépenses nécessaires, c'est-à-dire celles qu'exigeait une gestion habile du fonds, étaient remboursées dans leur intégralité.

Il faut pourtant excepter les dépenses nécessaires qui étaient charge des fruits; le mari qui percevait les produits du fonds devait naturellement en supporter l'entretien (4).

140. — Nous avons passé en revue les indemnités qui ne pouvaient être dues qu'au mari; il nous reste à

(1) L. 9 et 41 pr., de *Imp. in re dot. fact.*, D., 25, 1.

(2) L. 7, § 1, de *Imp. in re dot.*, D., 25, 1.

(3) L. unic., § 5 C., de *Rei uxoris act.*, 6, 13.

(4) LL. 15 et 16, D., de *Imp. in re dot. fact.*, 25, 1.

en signaler une dernière à laquelle l'un ou l'autre des conjoints pouvait avoir droit et qui était due en raison d'un détournement.

Un vol pouvait être commis par un époux au préjudice de l'autre; ce vol n'ouvrait contre le délinquant aucune action pénale, quoique toutes les autres conséquences du vol en dérivassent, notamment la poursuite criminelle contre le complice (1).

Ce défaut d'action criminelle tenait sans doute à des raisons de convenance; au temps où le mariage se contractait avec *manus*, il n'était qu'une application du principe d'après lequel aucune action ne pouvait naître entre personnes dont l'une était sous la puissance de l'autre (2).

Ce principe ne resta pas appliqué dans toute sa rigueur entre époux, car l'action en réparation pécuniaire du vol existait entre eux, et nous en étudierons plus loin les caractères. Son objet était uniquement d'indemniser l'époux lésé en lui permettant d'obtenir une valeur égale à celle de l'objet volé.

141. — Plus tard, à ces diverses indemnités vint s'en joindre une autre, celle *propter res donatas*.

La donation entre époux, qui avait été prohibée avant la fin de la République, sous l'influence des *prudentes*, fut permise à partir du règne de Septime-Sévère, en ce sens que leur maintien pendant la vie du donateur les rendait irrévocables à son décès, si le donataire lui survivait.

Mais le divorce, à moins qu'il n'eût lieu *bonâ gratiâ*,

(1) LL. 1 et 29, *Rer. amot.*, D., 25, 2.

(2) § 12, *Inst. de obligat. quæ ex delict.*, 4, 1.

les annulait définitivement; si l'époux donateur avait exécuté sa donation, il reprenait l'objet donné ou une valeur égale : c'est en cela que consistait l'indemnité *propter res donatas*.

Cette indemnité pouvait avoir, au temps où les donations entre époux étaient prohibées, une autre application. La donation était permise, par exception, *divortii causâ*, c'est-à-dire en vue d'un divorce et pour donner des ressources à un époux pauvre; cet époux pouvait réclamer, lors du divorce, le montant de la donation (1). C'est, dans ce cas, le *divortium bonâ gratiâ* qui, contrairement à l'hypothèse précédente, donnait sans doute le plus fréquemment lieu à la donation.

141^{bis}. — Telles étaient, à l'époque classique, les principales opérations qui diminuaient la dot restituée à la femme après le divorce, ou lui permettaient, au contraire, de demander plus que sa dot.

142. — Sous les Empereurs chrétiens, quelques modifications furent introduites dans le but de punir l'époux coupable; en outre, il fallut régler le sort de la *donatio ante nuptias*, qui avait fini par passer en usage comme correspondant à la dot.

143. — La *donatio ante nuptias* était donnée à la femme avant le mariage, pour subvenir aux charges qui en résulteraient; presque toujours, elle était constituée par le mari.

On ne trouva pas juste que la femme, lorsqu'elle donnait lieu au divorce par sa faute, pût avoir droit à la *donatio ante nuptias*. Aussi, Constantin décida-t-il (2)

(1) L. 11, §§ 11, 12, 13 pr., de *Don. int. vir. et ux.*, 24, 1.

(2) L. 1, C. Théod., de *Repud.*, 3, 16.

que la femme qui répudiait son mari sans cause légitime ou était répudiée pour une cause légitime n'aurait pas droit à cette donation; la dot put être également gardée par le mari dans les mêmes circonstances.

En sens inverse, si c'était le mari qui était en faute, il restituait la dot et livrait immédiatement la donation *ante nuptias*.

144. — La constitution qui, en 421, créa le divorce pour fautes légères, porte que dans cette hypothèse la femme coupable reprend la dot, mais que le mari garde la donation *ante nuptias* (1).

145. — En 449, nouvelle constitution qui, sans parler de cette dernière cause de divorce qu'elle supprime implicitement, réédite les règles anciennes applicables aux autres divorces (2). La femme coupable perd la dot et la donation *ante nuptias*; le mari coupable les livre toutes deux à la femme.

146. — Cette constitution contient, en outre, une disposition curieuse : la dot et la donation, — gardées par le mari ou livrées à la femme, — ne sont qu'un dépôt entre leurs mains; ils sont tenus de les conserver, afin qu'à leur mort les enfants les retrouvent intactes.

147. — Le divorce *bonâ gratiâ* resta, comme il l'était antérieurement, soumis à la convention des parties.

148. — Justinien régla le premier d'une manière complète les effets pécuniaires de ce genre de divorce; après avoir déclaré dans la novelle 22 (3) que le divorce

(1) L. 2, C. Théod., *de Repud.*, 3, 16.

(2) L. 8 C., *de Repud.*, 3, 17.

(3) Cap. 4.

bonâ gratiâ était soumis aux conventions des parties, il en détermina plus tard les effets aussi bien que les causes.

La dot était rendue à la femme, et le mari gardait la donation *ante nuptias* qui avait changé de nom et était devenue la donation *propter nuptias* (1). La convention contraire était d'ailleurs permise, ce qui établissait une différence considérable entre le divorce *bonâ gratiâ* et le *repudium* (2).

La dot et la donation ainsi dévolues devaient être conservées pour les enfants.

149. — Justinien régla également le cas où les époux qui avaient divorcé *bonâ gratiâ* dans un but légitime ne remplissaient pas ce but, et celui où ils divorçaient *bonâ gratiâ* sans cause légitime.

Tout d'abord, les époux qui, au lieu de vivre dans la continence et de s'enfermer dans un monastère, se remariaient ou vivaient dans la débauche, perdirent tous leurs biens au profit de leurs enfants ; si ceux-ci n'avaient pas atteint un âge assez avancé pour gérer eux-mêmes leur patrimoine, l'administration et sans doute aussi la jouissance en étaient confiées à l'époux qui, conformément à la loi, vivait dans la continence. Si les deux époux ne remplissaient pas le but qui leur avait fourni une cause légitime de divorce, leurs biens étaient tous dévolus à leurs enfants, et l'administration en était confiée, en cas de minorité, aux personnes chargées de la protection des enfants (3).

(1) LL. 19 et 20 C., *de Don. ant. nupt.*, 5, 3.

(2) L. 6, § 8, *de Repud.*, 5, 17.

(3) Nov. 117, cap. 40.

130. — Plus tard, le *divortium bonâ gratiâ* fut réputé provenir d'une cause légitime quand un seul des époux voulait entrer en religion; celui des époux qui continuait à vivre dans le monde devait conserver des moyens suffisants d'existence; en conséquence, aux termes de la nouvelle 123 (1), la femme qui entraît au couvent ne reprenait que sa dot et laissait au mari la donation *propter nuptias*; le mari qui allait vivre dans un monastère gardait la donation *propter nuptias* et restituait la dot. En outre, on s'occupa de l'hypothèse où une convention jointe à la constitution de dot et à la donation *propter nuptias* aurait, pour le cas de mort de la femme, stipulé au profit du mari une portion de la dot, et, pour le cas de mort du mari, une portion de la donation *propter nuptias* au profit de la femme. L'entrée en religion de l'époux qui avait ainsi fait une libéralité conditionnelle était assimilée à sa mort. Peut-être cette assimilation n'était-elle que provisoire, et l'époux donataire n'avait-il un droit définitif à la libéralité que s'il survivait au donateur.

131. — Arrivons à l'hypothèse où le divorce par consentement mutuel a lieu sans cause légitime, c'est-à-dire où les deux époux sont considérés comme coupables. Outre la peine personnelle dont nous avons parlé, et qui consistait à être enfermés durant leur vie dans un monastère, les époux perdaient tous leurs biens.

Les monastères dans lesquels on les enfermait retenant respectivement un tiers de ces biens; les deux autres tiers étaient dévolus aux descendants qui en fai-

(1) Nov. 123, cap. 40.

saient le partage comme s'ils recueillaient la succession de leurs parents ; ils succédaient donc par souche, et les enfants que l'un des époux avait eus d'un mariage antérieur venaient en concours avec ceux qui étaient issus du divorce.

Si les époux ou l'un des époux n'avaient pas d'enfants, la part du monastère s'accroissait d'un tiers ; le reste de la succession, c'est-à-dire un tiers, était dévolu aux ascendants. Il faut remarquer qu'ici on s'écarte des règles ordinaires de la dévolution successorale posées par la nouvelle 118, d'après lesquelles les ascendants ne recueillent la succession de leurs descendants qu'en subissant le concours des frères germains et même (nov. 127, cap. 1) des descendants de ceux-ci au premier degré.

Il pouvait se faire qu'il n'y eût pas d'ascendants ; en ce cas, le monastère succédait à tous les biens de l'époux.

A cette dernière hypothèse était assimilée celle où l'ascendant avait donné son assentiment au divorce contraire à la loi : il perdait, à titre de déchéance, ses droits au tiers du patrimoine. Cette règle devait-elle être observée même s'il existait d'autres ascendants, ou y avait-il accroissement en faveur de ces derniers ? Les principes qui présidaient à la dévolution des successions nous font pencher en faveur de cette seconde opinion.

132. — La confiscation des biens disparaissait si, après avoir divorcé pour cause légitime, mais avant d'être entrés en religion, les époux reprenaient la vie commune et reformaient le mariage ; l'union était alors censée n'avoir éprouvé aucune interruption. Si un seul des époux voulait renouer le mariage, on lui tenait

compte de ses intentions en levant les déchéances prononcées contre lui; l'autre époux seul en restait frappé (1).

153. — Les modifications que Justinien apporta à la législation des effets du *repudium* furent beaucoup plus importantes encore.

Nous avons vu quel était sur cette matière le dernier état du droit : la femme coupable ne pouvait demander ni la dot ni la donation *propter nuptias*; le mari coupable les livrait toutes deux à la femme. On entendait par époux coupable celui qui avait été répudié pour une cause légitime ou avait répudié sans cause légitime.

Justinien, dès 528, détruisit l'unité de cette législation, en édictant une règle particulière pour le cas d'impuissance du mari. La cause du *repudium* était légitime; mais, comme on ne pouvait considérer le mari comme coupable, il lui était permis, en restituant la dot, de garder la donation *ante nuptias* (2).

154. — Cette hypothèse mise à part, il y avait nécessairement dans le *repudium* un coupable; tantôt c'était le répudiant et tantôt le répudié.

La constitution que nous venons de citer maintint sur ce point l'état antérieur de la législation, et n'introduisit qu'une règle nouvelle relative au cas où la femme n'aurait pas apporté de dot; dans ce cas, la femme coupable n'était pas suffisamment punie par la législation en vigueur et, réciproquement, la femme innocente n'était pas suffisamment indemnisée.

(1) Nov. 134.

(2) L. 11 C., de *Repud.*, 5, 17.

Justinien obligea la femme coupable, c'est-à-dire celle qui répudiait sans cause légitime ou avait été répudiée pour une cause légitime, à remettre à son mari cent livres d'or ; si la valeur de ses biens était inférieure à quatre cents livres, elle n'était tenue d'en abandonner au mari que le quart (1).

Une somme absolument égale devait être remise par le mari à la femme dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si la femme n'avait pas apporté de dot et si le mari était coupable.

L'époux qui recevait cette indemnité devait la conserver intacte, s'en considérer uniquement comme dépositaire, pour la laisser, à sa mort, aux enfants qui seraient issus du mariage.

155. — De nouvelles modifications se trouvent dans la nouvelle 117 de Justinien qui édicta des règles nouvelles sur la plupart des questions auxquelles pouvait donner lieu le divorce.

Si l'époux coupable était la femme, le mari gardait l'intégralité de la dot ; il devait la conserver pour la rendre à sa mort aux enfants communs ; ce n'est qu'à défauts d'enfants communs qu'il en était réellement propriétaire.

Dans l'hypothèse où la femme n'avait pas de dot, le mari ne pouvait lui réclamer aucune partie de son patrimoine ; la constitution antérieure qui avait décrété le contraire était abrogée.

156. — Le mari coupable n'était pas seulement tenu de restituer la dot, il devait livrer à la femme la donation *propter nuptias* et perdait, en outre, au profit de

(1) L. 11, §§ 1 et 2 C., de Repud., 5, 17.

la femme, une valeur à prendre sur son patrimoine égale au tiers de cette donation.

Si la femme n'avait pas apporté de dot, le mari lui abandonnait le quart de ses propres biens ; toutefois, s'il avait au moins trois enfants issus ou non du mariage, la femme prenait une portion égale à celle qu'aurait eue dans la succession un nouvel enfant s'ajoutant aux premiers (cap. 5).

137. — En outre, le patrimoine tout entier de la femme coupable lui était enlevé et était dévolu, par une sorte de succession anticipée, de la même manière qu'au cas de *divortium bonâ gratiâ* ; la famille prenait deux tiers ou un tiers, suivant qu'elle était représentée par des descendants ou des ascendants ; le reste était attribué au monastère dans lequel on enfermait la femme jusqu'à la fin de ses jours.

Quant au mari, aucune déchéance de ce genre ne paraît le frapper ; on peut soutenir que sa succession n'était pas ouverte d'une manière anticipée.

Du moins les textes ne sont pas formels sur ce point ; mais, comme on sait que le mari coupable était enfermé dans un monastère, il semble que tous ses biens devaient être partagés comme ceux de la femme coupable. On peut tirer en ce sens deux arguments d'analogie, l'un de la situation de la femme coupable en cas de répudiation, l'autre de la situation de la femme ou du mari coupable, en cas de *divortium bonâ gratiâ*.

138. — Dans tous les cas, il en fut ainsi peu de temps après, et le sort de l'époux coupable en cas de *repudium* fut complètement assimilé à celui de l'époux coupable en cas de *divortium bonâ gratiâ* : dévolution des

biens à la famille et au monastère, suivant les distinctions que nous avons rappelées (1).

159.— Signalons, pour terminer, un important changement que fit Justinien, dès 530, en ce qui concerne les délais de restitution (2). Il n'y eut plus aucune distinction à faire entre les quantités et les corps certains; le délai de restitution fut d'un an pour les meubles et les immeubles estimés; les immeubles non estimés durent être restitués immédiatement. Une règle différente fut admise pour les fruits et intérêts. Si les immeubles ou les quantités étaient restitués en retard, les fruits et les intérêts commençaient à courir à partir de l'échéance. Cette règle très rationnelle ne subissait d'exception que pour les corps certains consistant en meubles : quoique dus au bout d'un an seulement, ils portaient intérêts du jour de la dissolution du mariage.

§ 2. — PROCÉDURE.

160. — Nous avons vu que jusqu'à une certaine époque, le mari ne fut tenu de restituer une portion de la dot qu'au cas où il en avait fait la promesse formelle; on ne sait si cette promesse, qui portait le nom de *cautio rei uxoriæ*, était habituellement garantie par une caution. La forme employée était sans doute la stipulation d'où naissait une *condictio incerti*.

161. — Lorsque l'usage de rendre la dot devint une obligation légale, deux actions furent, suivant les

(1) Nov. 127, cap. 4.

(2) L. unic., § 7 C., de *Rei ux. act.*, 5, 13.

cas, mises à la disposition de la femme ou du constituant pour obtenir cette restitution.

Si une stipulation de restitution avait été faite, le constituant et ses héritiers pouvaient seuls intenter une action contre le mari; la dot prenait le nom de *dos recepticia* et l'action était une *condictio* (1). On pouvait remplacer la stipulation par un pacte adjoint à la constitution de dot (2); il y avait alors *datio ob rem*, et de cette *datio* naissait une *condictio ob rem dati*, action de droit strict, qui fut bientôt remplacée par l'action *præscriptis verbis*, action de bonne foi (3).

162. — L'action *rei uxoriæ*, qui était accordée au cas où aucune promesse n'avait été faite, était également, quoique des doutes se soient élevés sur ce point (4), une action de bonne foi.

Cette action, bien qu'elle eût son application la plus fréquente, et peut-être même unique, à l'origine, dans la dissolution du mariage par le divorce, existait encore au cas de dissolution par la mort du mari et même, dans certains cas, par la mort de la femme. En outre,

(1) Ulp., *Reg.*, VI, § 6.

(2) L. 6 C., *de Jur. dot.*, 5, 12.

(3) Le caractère de l'action *præscriptis verbis* est pourtant contesté.

(4) On allègue surtout pour l'opinion contraire que dans l'énumération des actions de bonne foi donnée par Gaius (IV, § 62), l'action *rei uxoriæ* ne figure pas; mais beaucoup de textes attribuent formellement à notre action le caractère d'action de bonne foi, — V. notamment L. 21, *Solut. matrim.*, D., 24, 3. Enfin, d'après l'opinion générale, tous les contrats synallagmatiques donnent lieu à une action de bonne foi; or, les *retentiones* que pouvait exercer le mari prouvent que les époux avaient des créances et des dettes corrélatives. Quant au silence de Gaius, il n'est pas réel, car la dernière révision du manuscrit de Vérone faite par Studemund, en 1883, montre que le jurisconsulte rangeait l'action *rei uxoriæ* parmi les actions de bonne foi.

l'insolvabilité du mari permettait à la femme d'agir *durante matrimonio*.

163. — Cette action était exercée contre le mari ; on faisait cependant une exception pour le cas où celui-ci, au moment où il avait reçu la dot, était sous la puissance d'un de ses ascendants ; dans ce cas, l'ascendant qui avait donné au mari l'autorisation de recevoir la dot était tenu *in solidum*, par l'action *quod jussu* ; il n'était tenu que pour le profit qu'il en avait retiré, par l'action de *in rem verso et de peculio*, si le fils avait agi sans ordre. Ce n'était là que l'application des règles générales sur les actions *adjectitiæ qualitatis*. Le mari était tenu également, et pour la totalité, dans l'hypothèse où il avait reçu la dot sans l'ordre de l'ascendant sous la puissance duquel il se trouvait (1).

164. — En ce qui concerne les personnes qui peuvent intenter l'action, on se place au moment même où elle est intentée, ou plutôt, au moment de la *litis contestatio* (2).

Si la femme est alors *sui juris*, elle peut l'exercer seule, et ceci n'a rien que de conforme au droit commun, lorsque la dot a été constituée par la femme elle-même ; mais cette règle est applicable même à la dot profectice, c'est-à-dire constituée, non par la femme, mais par le père sous la puissance duquel elle se trouvait lors de la constitution de dot.

Si la femme est *alieni juris*, les principes devraient permettre au père d'agir seul en restitution, puisque le chef de famille agit toujours au nom des personnes placées

(1) LL. 7, § 15 ; 22, § 2, 25 pr., 53, *Solut. matrim.*, D., 24, 3.

(2) L. 22, § 5, *Solut. matrim.*, D., 24, 23.

en sa puissance; mais il existe en notre matière une grave dérogation au droit commun : c'est bien le père qui agit, mais il ne peut le faire qu'avec le consentement de sa fille, *adjecta filiae persona*, et son concours est aussi indispensable pour l'action en justice que pour le paiement volontairement opéré par le mari (1).

On justifie d'ordinaire cette solution en rappelant le droit qu'avait le père d'imposer le divorce à sa fille; si, dit-on, le père avait pu agir seul, il aurait souvent provoqué le divorce dans le seul but de bénéficier de la restitution de la dot; l'obligation où il était de s'assurer du consentement de sa fille lui imposait, en fait, l'obligation de ne pas provoquer le divorce sans l'assentiment de celle-ci.

Cette explication ne fait pas comprendre pourquoi la nécessité du consentement de la fille se maintint même après qu'elle pût divorcer d'elle-même et sans l'autorisation de son père; il vaut mieux justifier la décision des textes par le but même de la restitution : la femme reprenait sa dot pour pouvoir se remarier; il fallait s'assurer que la restitution servirait à l'usage pour lequel elle avait été ordonnée. C'est pour ce motif que son assentiment resta nécessaire en toute hypothèse.

165. — Il y avait des hypothèses où la fille, même *alieni juris*, pouvait agir sans l'assentiment du père; il en était ainsi au cas où le père était captif ou éloigné de Rome par l'effet d'une condamnation.

De même, quand le père était en état de folie, la dot

(1) L. 2, § 1; — L. 3, *Solut. matrim.*, 24, 3; — L. 34, § 6, *de Solut.*, D., 46, 3.

pouvait être payée, non seulement à la femme, mais, si elle y consentait, à un curateur (1).

Dans tous les cas, la femme devait donner la caution de *rato*, c'est-à-dire promettre que son père, après son retour ou une fois revenu à la raison, ratifierait le paiement à elle fait.

Elle pouvait également agir seule et sans donner de caution, quand la dot faisait partie d'un pécule qui lui appartenait lors de la constitution, et dont elle était restée détentrice jusqu'au divorce ; les enfants étaient, en effet, d'après les règles générales, maîtres de l'administration du pécule confié par leur père (2).

166. — En sens inverse, il y avait un cas où le père pouvait agir seul : c'était celui où une fraude avait été concertée entre les époux pour l'empêcher de recouvrer la dot profectice, c'est-à-dire celle qu'il avait constituée.

167. — La dot profectice revenait au père en cas de dissolution du mariage par la mort de la femme ; mais lorsque le divorce provenait d'une faute de la femme, nous avons vu que le mari retenait la dot, quelle que soit son origine. Cette situation pouvait décider les époux à feindre un divorce dans le but de soustraire la dot au père ; le prêteur vint au secours de celui-ci en décidant que, dans ce cas, l'action lui appartiendrait (3).

168. — Quand la femme mourait après le divorce, mais sans avoir mis son mari en demeure de restituer la dot, les héritiers de la femme ne succédaient pas à

(1) LL. 2, § 12 ; 22, §§ 3 à 5, 10 et 11, *Solut. matrim.*, 24, 3 ; — L. 65, de *Solut.*, 46, 3.

(2) L. 24, de *Jur. dot.*, 23, 3.

(3) L. 59, *Solut. matrim.*, 24, 3.

ses droits (1). Aucune décision ne saurait mieux nous indiquer le motif même de la restitution de la dot; elle est rendue à la femme pour qu'elle puisse se remarier, et ce but ne peut plus être rempli après son décès.

169. — Nous passons sous silence d'autres règles, relatives notamment à la preuve, et qui s'appliquant, quel que soit le mode de dissolution du mariage, ne trouvent pas spécialement leur place ici. Nous ne parlerons pas davantage des faveurs accordées aux époux et qui s'appliquaient, quel que fût le mode de dissolution du mariage; le mari poursuivi pouvait, par l'exception *quod facere potest*, obtenir de n'être condamné que dans les limites de son avoir; la femme avait pour la restitution de sa dot un privilège qui devint plus tard une hypothèque privilégiée.

170. — Il nous reste à voir par quels moyens chaque époux recouvre ce qui lui est dû. Pour répondre à cette question, il faut établir tout d'abord une distinction entre le mari et la femme.

La femme qui n'avait pas, pendant le mariage, l'administration de sa dot, intentera contre le mari l'action *rei uxoriæ* pour se la faire restituer; nous verrons bientôt par quelle voie elle recouvrera les diverses indemnités qui peuvent lui être dues.

Le mari gardera la dot dans les hypothèses où la restitution n'en est pas ordonnée; au cas contraire, il exercera sur elle, en la restituant, des *retentiones* ou retenues destinées à le rembourser de toutes les indemnités auxquelles il peut avoir droit.

171. — Nous avons énuméré plus haut les divers

(1) Ulp., *Reg.*, VI, § 7; — *Fragm. vatic.*, §§ 95 et 112.

objets de ces retenues : les *retentiones* peuvent avoir lieu *propter liberos*, *propter mores*, *propter res amotas*, *propter res donatas*, *propter impensas*. Nous avons indiqué le montant de ces diverses retenues et les conditions dans lesquelles elles pouvaient être faites. Nous les avons rattachées à des principes différents, montrant que l'une dérive exclusivement d'une peine, une seconde, à la fois d'une peine et d'une indemnité, et toutes les autres uniquement d'une indemnité.

172. — Il nous reste à signaler la règle, *impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt* (1), aux termes de laquelle la somme prise sur la dot dans l'intérêt de sa conservation la diminuait; d'où résultait cette conséquence que le remboursement de cette somme ne ramenait pas la dot à son chiffre primitif. Ce principe qui, d'ailleurs, ne s'appliquait pas d'une manière absolue, mais qui exigeait certaines distinctions, ne trouve pas en notre matière son développement naturel, et nous nous contenterons de le signaler.

173. — Telle est la manière dont le mari obtient le paiement de ce que peut, à divers titres, lui devoir la femme; ce moyen, à la fois simple et pratique, le garantit d'une façon complète contre l'insolvabilité de celle-ci, à moins que les indemnités auxquelles il a droit ne dépassent la dot qu'il doit restituer.

174. — Et il est facile de voir que le résultat de ces diverses *retentiones* pouvait être d'absorber la dot toute entière. Sans doute, la retenue *propter mores* était invariable et nulle convention ne pouvait la modifier; mais il en était autrement de la retenue *propter liberos*,

(1) § 37, *Instit. de action.*, 4, 6.

que la loi ne fixait qu'à défaut de convention et qu'il était permis d'étendre jusqu'à la dot toute entière; les donations entre époux rendues nulles par le divorce et les donations faites, au contraire, en vue du divorce pouvaient également l'absorber; et quant aux retenues qui se présentaient comme les peines des détournements ou le remboursement des impenses, elles étaient quelquefois très considérables.

La dot devait donc très souvent ne revenir aux mains de la femme que pour une très faible partie; et ceci est d'autant plus vrai que les retenues, étant toutes fondées sur des causes différentes, se cumulaient entre elles.

173. — Une grave difficulté s'est pourtant élevée en ce qui concerne les *retentiones propter liberos* et *propter mores*.

Disons tout d'abord qu'un cumul entre ces deux retenues n'aurait rien d'étrange, quoiqu'elles fussent toutes deux des peines dirigées contre l'inconduite; car l'une d'elles, la retenue *propter liberos*, dérive encore de ce que les enfants sont mis à la charge du mari.

D'un autre côté, il semble que, si le législateur avait voulu interdire le cumul, il s'en serait formellement exprimé; au contraire, les textes les rappellent l'une après l'autre sans indiquer qu'elles fassent double emploi.

Il existe pourtant, dans le titre VI des *Règles* d'Ulpien entre le § 10, qui s'occupe de la retenue *propter liberos*, et le § 12, qui a trait à la retenue *propter mores*, un § 11 dont l'obscurité a pu faire croire à beaucoup d'auteurs que le cumul entre ces deux *retentiones* n'était pas permis.

Ce § 11 est ainsi conçu : « *Dos quæ semel functa est,*

amplius funginon potest, nisi aliud matrimonium sit. »

176. — Un système qui compte en Allemagne des partisans considérables (1) interprète cette phrase en ce sens que le cumul des *retentiones* est interdit quand elles sont fondées sur le même motif. Or, à moins de ne reconnaître à ce texte aucune portée, il faut l'appliquer aux deux retenues qui nous occupent en ce moment, puisque les autres sont incontestablement fondées sur des motifs très différents.

177. — Ce système nous paraît tout d'abord interpréter d'une façon trop hardie un texte qui, pris à la lettre, ne dit rien de ce qu'on veut lui faire dire.

Il est en outre fort étrange de voir interdire par le § 11 le cumul entre deux retenues dont l'une n'est édictée que par un texte subséquent.

Il faut ajouter, et ce que nous avons dit plus haut suffit à le justifier, qu'en interprétant le § 11 de cette manière, il n'est pas plus possible de l'appliquer aux retenues *propter mores* et *propter liberos* qu'à toute autre retenue : on affirme faussement dans la doctrine contraire que ces retenues sont fondées sur le même motif.

Si nous voyons dans les deux cas une peine infligée à l'inconduite, il faut observer que l'inconduite est considérée tout autrement dans les deux hypothèses, puisque la *retentio propter mores* résulte d'une faute contre les mœurs, et que la faute consistant à répudier son conjoint sans motif peut, aussi bien que celle contre les mœurs, donner lieu à la *retentio propter liberos*.

(1) Hugo, *Civ. mag.*, t. IV, p. 396 ; — Hasse, *das Güterrecht der Ehegatten*, t. I, p. 190 ; — Glück, *Pandecten*, t. XXV, page 346, et t. XXVI, page 326.

En outre, la *retentio propter liberos* dérive d'un second motif elle est la compensation de la charge qui résulte pour le mari de l'entretien et de l'éducation des enfants. La preuve, c'est que la femme, qui sans doute peut exercer une action de *moribus* correspondante à la *retentio propter mores* (1), ne paraît avoir contre son mari aucune action *propter liberos*.

Ce qui condamne plus encore cette doctrine, c'est qu'en fait, elle supprime à peu près la *retentio propter mores*, ou plutôt, elle lui donne un rôle absolument subsidiaire, et ne lui conserve d'intérêt pratique qu'au cas où il n'y a pas d'enfants.

Nous avons vu, en effet, que la retenue *propter mores* ne dépasse jamais un sixième de la dot, et que la retenue *propter liberos*, souvent supérieure, n'est jamais inférieure à cette quotité; toutes les fois donc qu'il y aurait des enfants, la retenue *propter mores* serait supprimée en fait; et, sous prétexte d'empêcher le cumul des deux retenues, on n'en maintiendrait qu'une seule.

Il est vrai que les conventions peuvent, au moment de la constitution de dot, restreindre, en prévision du divorce, le montant de la retenue *propter liberos* (2), et dans ce cas, la retenue *propter mores* étant plus forte, la règle du non-cumul trouverait une application certaine; mais il est impossible de croire qu'en vue d'une hypothèse exceptionnelle, le § 11 ait formulé une règle générale.

Une dernière observation, qui n'est pas sans valeur,

(1) Quintilien, *Déclamations*, 262.

(2) *Fragm. vatic.*, §§ 106 et 107; — L. 2. D. de *Pact. dot.*, 23, 4.

c'est qu'en admettant même que ces deux *retentiones* soient fondées sur le même motif, l'interdiction du cumul ne se concevrait pas. Il est contraire aux règles du Droit romain d'obliger le créancier à choisir entre les deux moyens de droit que la loi met à sa disposition pour réprimer le même délit : il ne peut les exercer tous deux pour le montant intégral, mais il lui est permis, quand il a usé de l'un, d'intenter l'autre pour ce qu'il a de plus avantageux (1).

178. — On a proposé une autre interprétation du § 11 (2) qui ne donne pas prise aux mêmes critiques, mais qui n'en soulève pas moins de graves objections. Le § 11, a-t-on dit, ne prévoit pas la question du cumul qui doit, en conformité des principes, être résolue par l'affirmative. Le seul objet du § 11 est de décider qu'il n'y a plus de dot, après la restitution de celle-ci; les diverses pénalités, devant être prises sur la dot, doivent donc être réclamées avant la restitution. Elles ne peuvent par conséquent être obtenues que par voie de *retentiones*, et non à l'aide d'une action postérieure à la restitution : c'est en ce sens que le § 11 fait une observation commune aux deux retenues dont nous nous occupons.

179. — Cette interprétation nous paraît complètement inexacte; il est vrai que la retenue *propter liberos* ne peut être remplacée par une action, et sur ce point nous avons le témoignage formel d'Ulpien (§ 10). Mais

(1) LL. 1 et 11, *Arb. furt. Cæsar*, 47, 7; — L. 1, *Vi bonor. rapt.*, 47, 8.

(2) Cujas (*Note ad Ulp.*, sur le § 11); — Schilling, *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte*, p. 369; — Schulting, *Jurisp. vel ant. Justin.*, p. 585.

il ne dit rien de semblable au sujet de la peine que faisait encourir l'inconduite; au contraire, des textes assez nombreux nous indiquent l'usage d'un *judicium de moribus* auquel donne lieu l'inconduite de la femme (1) et que nous verrons bientôt supprimé par Justinien (2).

180. — De quelque manière donc qu'on interprète le § 11, il n'est pas possible d'y trouver une observation commune aux deux *retentiones*. Nous suivrons de préférence une opinion qui a eu beaucoup moins de succès que la précédente (3), mais qui seule nous paraît exacte. Elle consiste à ne voir dans le § 11 que la suite du § 10; le § 11 s'occupe exclusivement de la *retentio propter liberos*, et comme complément de l'idée que cette retenue ne peut être remplacée par une action, il décide que le mari ne peut plus, après la restitution de la dot, élever une réclamation *propter liberos*. Ulpian ajoute que la dot redevient dot lors d'un deuxième mariage; cette phrase signifie sans doute que si le mari divorcé se remarie avec sa femme, il pourra alors opérer la retenue, puisqu'il se retrouvera en possession de la dot.

181. — Mentionnons, en terminant, une opinion qui n'a pas trouvé faveur et qui torture le texte du § 11 : elle consiste à dire que si le mari, après avoir fait subir à la femme la *retentio propter liberos*, se remarie avec elle, il ne peut plus l'exercer, et qu'il en est autrement au cas où la femme divorce d'un second mariage con-

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 102; — L. 5 pr., D., de *Pact. dotal.*, 23, 4; — Plin. l'Ancien, *Hist. naturelle*, XIV, 13.

(2) L. 11, § 2 C., de *Repud.*, V, 17.

(3) Tigerström, *Dotal recht*, t. II, p. 229.

tracté avec un autre que le mari (1) ; il est clair que le texte ne dit rien de cette prétendue distinction (2).

182. — La discussion qui précède nous montre que la *retentio propter mores*, à la différence de la *retentio propter liberos*, peut être remplacée par une action. En est-il de même des autres retenues ?

Il est impossible d'émettre sur ce point une règle générale ; toutefois, dans le dernier état du Droit classique, la plupart des retenues pouvaient être remplacées par une action.

183. — Cela est sans controverse pour la retenue *propter res donatas* ; toute donation entre époux était nulle, et même, depuis le sénatus-consulte de Septime-Sévère qui les validait sous certaines conditions, le divorce les empêchait de valoir. La donation était tellement nulle que l'époux donateur pouvait reprendre les objets donnés sans être tenu d'intenter une action personnelle pour détruire les résultats de la donation ; il pouvait donc agir en revendication en cas de *donatio rerum*, intenter l'action attachée à sa créance au cas où il en aurait fait remise, et se dispenser d'opposer une exception à son époux agissant en vertu d'une promesse faite à titre de donation. La *retentio* n'était donc en cette matière qu'une voie plus simple mise à la disposition de l'époux donateur, mais dont il n'était pas forcé d'user.

184. — Il n'existe pas plus de difficultés au sujet du vol dont l'époux a été victime : si l'action *furti* n'existe pas entre époux, par suite sans doute des ménagements

(1) Burchardi, *Lehrbuch des Römischen Rechts*, t. II, p. 264.

(2) V. sur toute cette matière Pollat, *Textes sur la dot*, p. 35.

qu'ils se doivent l'un à l'autre (1), l'époux lésé peut intenter contre l'époux voleur une action civile en réparation du délit, connue sous le nom d'*actio rerum amotarum* (2).

185.— Enfin, en ce qui concerne les dépenses faites sur les biens de la femme, il faut distinguer entre les *impensæ necessariæ* et les *impensæ utiles*.

Les premières ne donnèrent pas, dès l'origine, droit à une action; un édit des tribuns de la plèbe, mentionné par Ulpien (*Reg. VI*, § 3), permettait au mari de stipuler, au moment de la restitution de la dot, qu'on lui rembourserait ses dépenses nécessaires ou utiles. Plus tard, les dépenses nécessaires donnèrent lieu à une action, même en l'absence de cette *stipulatio tributia*; mais ce ne fut qu'après des controverses (3).

Quant aux dépenses utiles, sans doute à cause de leur moindre importance, elles ne furent jamais munies d'action; en dehors du cas où il avait eu soin de faire la stipulation prévue par l'édit des Tribuns, le mari ne pouvait, une fois qu'il s'était dessaisi de la dot, se faire indemniser de ces sortes de dépenses.

186. — Pour quel motif le Droit romain a-t-il admis une si importante distinction entre les divers faits qui donnent lieu aux *retentiones*? Pourquoi les uns autori-

(1) Au temps de la *manus*, comme nous l'avons dit, cette absence d'action peut être attribuée à un autre motif. La femme étant soumise à la puissance de son mari, on pouvait assimiler ce cas à celui du vol commis entre père et fils, vol qui ne donnait lieu à aucune action, *quia nec alia causa potest inter eos actio nasci*. (*Inst.*, § 12, de *Oblig. quæ ex delict.*, 4, 1.)

(2) LL. 1, 3, 25, D de *Rer. amot.*, 25, 2.

(3) L. 5, § 2, D., de *Imp. in re dot. fact.*, 25, 1.

sent-ils à agir par voie d'action, alors que d'autres ne permettent pas cette voie?

Il est bien difficile de déterminer les raisons de cette différence ; nous croyons pourtant qu'il est possible d'en trouver l'origine dans les droits de la femme.

187. — A partir du moment où la femme put exercer la répudiation qui, jusqu'alors, était réservée au mari, il fut nécessaire de lui accorder, comme on l'avait fait pour le mari, certains droits contre son conjoint : le mari avait pu détourner une partie de la dot de la femme, il avait pu se rendre coupable d'adultère ; enfin il avait pu être donataire de la femme.

Or, dans toutes ces hypothèses, il était impossible pour la femme d'agir par voie de *retentiones* ; la *retentio* suppose qu'on a des biens à restituer et qu'on opère sur ces biens une retenue ; la femme n'ayant pas administré les biens du mari ne pouvait évidemment pas les retenir. Il fallait donc, ou bien lui accorder une action, ou bien lui refuser tout recours et établir entre elle et le mari une injustifiable différence.

L'action une fois admise au profit de la femme, par une marche toute naturelle, devait être peu à peu accordée au mari ; puisqu'elle était introduite dans la législation, il n'y avait aucun inconvénient à lui donner la plus large extension possible.

188. — Cette observation nous donne le motif de l'absence d'actions *propter liberos* et *propter impensas* et se trouve en même temps corroborée par cette absence.

Ici, en effet, il aurait fallu non pas étendre, mais créer une action au profit du mari : la femme ne pouvait rien avoir à réclamer ni pour les enfants ni

pour les dépenses. Les enfants étaient toujours à la charge du mari et les dépenses ne pouvaient être faites par la femme sur les biens du mari, puisqu'elle n'en avait pas l'administration.

Notre explication ne laisse subsister qu'une seule anomalie, celle de la création d'une action pour dépenses nécessaires ; nous en atténuerons l'importance, en rappelant que cette action ne fut pas accordée sans discussion et qu'elle n'apparut que très tard ; on peut la considérer comme une réaction d'équité ; elle n'infirme pas la portée de nos remarques.

189. — On voit que des cinq causes de *retentiones* que les textes reconnaissent au mari, trois seulement appartiennent à la femme.

Sa situation n'est pas non plus la même que celle du mari, en ce qui concerne le montant des indemnités. Il ne peut y avoir aucune différence pour les indemnités dues à raison de la donation ou du détournement, puisque la première est égale à la valeur de la donation et que la deuxième se limite au montant du vol. Mais il en est tout autrement du droit correspondant à la *retentio propter mores*.

Il est probable que la femme peut, comme le mari, intenter un *judicium de moribus*(1) ; mais cette sanction de l'inconduite du mari n'est pas la seule, et Ulpien (VI, § 14) nous en indique une autre.

Les délais dont le mari jouit, en principe, pour la restitution des quantités faisant partie de la dot lui sont enlevés au cas où son inconduite est grave ; si elle est légère, il est privé de la moitié de ces délais. Une

(1) Quintilien, *Declamationes*, 262.

sanction analogue est adoptée en ce qui concerne les corps certains. Outre le capital qu'il doit, conformément au droit commun, restituer immédiatement, il est tenu de payer à la femme les fruits de deux ans, si son inconduite est grave, et d'un an si elle est légère; nous avons déjà rapporté cette déchéance.

190. — Dans la théorie des *retentiones* il faut distinguer deux sortes d'indemnités : les indemnités auxquelles le mari seul peut avoir droit, et celles qui tiennent à des motifs communs aux deux époux.

191. — A un autre point de vue, que nous avons signalé, il est utile de classer les indemnités d'une manière différente. Il est facile de voir que les unes proviennent d'une perte causée à l'un des époux et que les autres dérivent d'une peine infligée à l'époux coupable.

Les premières comprennent les retenues *propter impensas, propter res donatas, propter res amotas*; comme elles tendent à indemniser d'une perte, elles sont toujours dues à l'époux qui a éprouvé cette perte, même si c'est lui qui, par sa faute, a donné lieu au divorce.

L'indemnité résultant de l'inconduite (*propter mores*) ne peut, au contraire, être due, et cela est d'évidence, qu'à titre de peine infligée à l'époux coupable; d'où cette conséquence, qu'elle est supprimée lorsque les deux époux sont coupables d'inconduite (1).

(1) LL. 39 et 47, *Sol. matrim.*, 24, 3; — Valère-Maxime, *Facta dictaque memorabilia*, VIII, cap. 2, n° 3.

192. — Cette remarque conduit à une autre conséquence qui résulte des règles générales relatives à la transmission des actions. Les actions se transmettent passivement aux héritiers quand elles se basent sur un intérêt pécuniaire; il en est tout autrement des actions pénales (1). Par suite, l'action dérivant de l'inconduite s'éteindra par le décès de l'époux coupable, et cette conséquence est formellement reconnue par les textes (2). Quant à la transmission active, il nous semble que les principes nous commandent de l'admettre dans toutes les hypothèses.

193. — En outre, il faut mettre à part le retenue *propter liberos*; elle est, nous l'avons dit, basée à la fois sur un intérêt pécuniaire et sur une peine, puisqu'on lui assigne, comme motifs, la charge des enfants qui incombe au mari et l'inconduite de la femme. Nous trouvons ici une dérogation aux règles ordinaires de transmission : si c'est la femme qui meurt après le divorce, ses héritiers restent tenus, parce que les charges du mari restent les mêmes; si c'est le mari qui meurt, ses héritiers ne succèdent pas à son action.

194. — Enfin, il existe peut-être une différence entre les diverses actions, en ce qui concerne leur durée. Le *judicium de moribus* est une action pénale; si, ce qui n'est pas certain, c'est une action prétorienne, il devait s'éteindre au bout d'un an, comme toutes les actions pénales prétoriennes (3). Au contraire, toutes les autres

(1) L. III, § 3, *de Reg. jur.*, 50, 17.

(2) D. 15, § 1; — L. 25, *Sol. matrim.*, 24, 3.

(3) L. 35 pr., D., *de Oblig. et act.*, 44, 7. Signalons, en passant, une particularité du *judicium de moribus*. C'est une des rares actions personnelles qui, au temps classique, donnent lieu à la *cautio judicatum solvi*. (Gaius, IV, § 102.)

actions destinées à procurer une indemnité pécuniaire duraient, comme la généralité des actions, trente ans (1).

195. — Une constitution célèbre de Justinien (2) modifia profondément le caractère de l'action *rei uxoriae*. Elle la transforma en action *ex stipulatu*, dont les caractères les plus singuliers étaient d'être donnée même en l'absence de stipulation, et d'être de bonne foi. Nous ne voulons pas énumérer les principales règles que Justinien appliqua à cette nouvelle action ; elles sont communes à toutes les hypothèses où la dot doit être restituée.

Il nous suffira de parler de celles qui ont trait à notre matière.

196. — L'action, en cas de mort de la femme après le divorce, passa à ses héritiers sans aucune distinction ; il ne fut donc plus nécessaire que le mari eût été mis en demeure par la femme. Cette solution n'était que la conséquence des nouveaux principes. La dot était devenue, sous Justinien, restituable en toute hypothèse, même si le mariage était dissous par la mort de la femme ; cette décision enlevait à la restitution son caractère primitif : il n'était plus question de permettre à la femme de se remarier. Pour que la législation fût uniforme, il fallait qu'en aucun cas le mari ne gardât la dot.

197. — La seconde modification, d'une importance beaucoup plus grande encore, consista dans la sup-

(1) Nous nous plaçons ici, comme dans les passages précédents, à la dernière époque du Droit romain ; à l'époque classique, les actions étaient perpétuelles.

(2) L. unic. C., de *Rei. uxor. act.*, §, 13.

pression des diverses *retentiones* (1) ; les unes, parce que l'indemnité à laquelle elles répondaient avait été jugée inutile ; les autres, parce qu'elles étaient remplacées par d'autres modes de procéder.

Le mari n'eut plus le droit de rien réclamer à la femme *propter liberos*. Justinien donna le motif suivant à l'appui de cette suppression : les devoirs de la mère à l'égard des enfants sont les mêmes que ceux du père.

Ajoutons que si l'on veut assigner à cette retenue la punition comme fondement, la femme subit, en cas de *repudium* par sa faute, des déchéances qui la punissent suffisamment.

198. — Ces observations répondent aux origines que nous avons assignées à la retenue *propter liberos*. Nous avons dit, en effet, que cette retenue s'expliquait par une peine infligée à la femme et par la charge des enfants que le divorce imposait au mari.

199. — Les dépenses nécessaires continuèrent à donner droit à une retenue, mais il en fut autrement des dépenses utiles ; ici la retenue fut remplacée par une action : si la femme avait consenti à la dépense, le mari eut l'action *mandati* ; au cas contraire, l'action *negotiorum gestorum*. On pouvait logiquement objecter à cette solution que le mari, étant propriétaire de la dot durant le mariage, il n'était ni le mandataire ni le gérant d'affaires de la femme ; mais, en équité, la décision de l'empereur ne donnait lieu à aucune critique, puisque les dépenses du mari avaient profité à la femme.

200. — Quant aux retenues *propter res amotas* et

(1) L. unic., § 5, *eod.*

propter res donatas, nous avons vu qu'elles étaient souvent remplacées par des actions ; ce sont ces actions qui désormais existèrent seules.

201. — Le mari et la femme furent ainsi mis sur un pied d'égalité, et le mari perdit l'avantage qui résultait pour lui de la retenue.

En fait pourtant, le mari put, dans certains cas, continuer à retenir une partie de la dot, par l'effet de la compensation ; si ses créances étaient liquides, rien ne l'empêchait de les opposer à l'action intentée par la femme ; c'est seulement lorsqu'elles ne l'étaient pas que la restitution de la dot dut avoir lieu sans retenue.

202. — Enfin, il n'y eut plus de retenue *propter mores*. Justinien en donne pour motif que les empereurs ont établi des peines assez graves contre l'époux dont le divorce a donné lieu au *repudium*. Le véritable motif est, plus probablement, qu'on désirait, sous l'influence du christianisme, donner à la femme une situation égale à celle du mari ; nous avons déjà vu que la punition du mari adultère s'était considérablement aggravée sous les empereurs chrétiens.

203. — Justinien augmenta encore cette assimilation en supprimant (1) le *judicium de moribus*, c'est-à-dire l'action privée par laquelle le mari pouvait, s'il la préférait à la *retentio*, obtenir une indemnité en raison de l'adultère de la femme. Il se fonde, il est vrai, sur ce que cette action n'avait plus de raison d'être, la pratique en faisant rarement usage ; mais il est peut-être plus vrai d'attribuer cette suppression aux idées de

(1) L. 11., § 2 C., de *Repud.*, 5, 17.

clémence et d'élévation de la condition de la femme que la christianisme avait répandues.

SECTION III

Effets quant aux enfants.

204. — On ne se préoccupa que très tard du sort des enfants au cas de divorce; car, pendant longtemps, on n'eut pas à s'en inquiéter. Au temps de la *manus*, le père, qui seul pouvait divorcer, gardait de la dot *quod æquius melius esset*; le juge, chargé de fixer les valeurs que le mari devait rendre, tenait évidemment compte de toutes les dépenses qui restaient à sa charge, et notamment de l'entretien et de l'éducation des enfants.

205. — Plus tard, lorsque l'action *rei uxoriæ* fut organisée, la retenue *propter liberos* prouve que les enfants restaient encore à la charge du mari, de quelque manière et pour quelque motif que le divorce eût lieu; sans doute, il n'y a pas de retenue au cas où le divorce ne provient pas d'une faute de la femme; mais en résulte-t-il que, dans cette hypothèse, le mari ne soit pas chargé des enfants? Pas le moins du monde; en admettant la négative, on ne s'expliquerait pas la possibilité, exprimée dans des textes que nous avons cités, de stipuler le contraire.

En outre, les principes ne permettent pas de supposer que la femme ou un tiers pussent être chargés de l'éducation et de l'entretien des enfants: la jouissance paternelle, à Rome, était absolue et organisée uniquement dans l'intérêt du père; pendant longtemps l'État ne put

intervenir dans la famille, et les pouvoirs du père ne furent limités par aucune restriction.

206. — Les interdits de *liberis exhibendis* et de *liberis ducendis*, le premier servant de préliminaire au second, étaient sans doute destinés, au cas de divorce comme ailleurs, à permettre au père de réclamer son enfant retenu par la mère ou par un tiers.

207. — Dès les Antonins, la puissance paternelle subit d'importantes restrictions ; on n'admit plus le pouvoir absolu du père sur la personne de l'enfant.

Le besoin se fit sentir alors de s'occuper du sort des enfants au cas de divorce ; souvent, peut-être ordinairement, le divorce provenait d'une faute du père : il n'était pas juste que celui-ci fût préféré à la mère pour l'éducation des enfants.

208. — Aussi Dioclétien, qui avait déjà restreint les pouvoirs du père en prohibant la vente des enfants (1), n'admit plus qu'au cas de divorce le père eût le droit de diriger toujours l'éducation de ses enfants (2) ; et il fit à ce point de vue une distinction très rationnelle : le juge dut confier les enfants, soit au père, soit à la mère, d'après les circonstances de la cause, c'est-à-dire en recherchant de quel côté se trouvaient les torts (3).

209. — Cette réforme équitable subsista : les

(1) L. 1 C., de *Patr. qui fil. dist.*, 4, 43.

(2) L. 1 C., *Div. fact. ap. quem.*, 5, 24.

(3) Une instance spéciale était, bien entendu, nécessaire sur ce point, puisque le divorce avait lieu sans l'intervention du pouvoir judiciaire. Il est inutile d'ajouter que, en vertu des règles de la *patria potestas*, cette hypothèse devait être rare en pratique, les enfants étant confiés de droit à la garde du père.

empereurs chrétiens qui réduisaient les privilèges de la puissance paternelle n'eurent garde de l'abroger.

210. — Nous avons même vu qu'ils s'occupèrent de l'intérêt des enfants à un autre point de vue : les déchéances pécuniaires imposées à l'époux coupable ne profitèrent plus exclusivement à l'époux innocent ; celui-ci dut conserver les biens qui lui étaient attribués pour les remettre aux enfants. Cette mesure, qui date de 449, fut encore, ainsi que nous l'avons remarqué, accentuée dans la suite.

211. — Enfin, les termes dans lesquels Justinien supprime la *retentio propter liberos* nous montrent que les enfants étaient, en cas de divorce, confiés à la mère aussi souvent qu'au père (1).

C'est en ce sens que statue la novelle 117. Si le divorce provient de la faute du père, les enfants sont élevés chez la mère, mais c'est le père qui paie les frais d'éducation. Si la mère contracte une nouvelle union, les enfants lui sont enlevés pour être remis au père.

Si le divorce résulte d'une faute de la mère, c'est le père qui les élève, à ses propres frais ; il n'a le droit de réclamer une subvention à la mère que si sa propre fortune n'est pas suffisante pour élever les enfants.

(1) Cap. 7.

TABLE DES MATIÈRES

DU DIVORCE

INTRODUCTION SUR LES MODES DE DISSOLUTION DU MARIAGE...	1
CHAPITRE I. — CAUSES DU DIVORCE.....	7
SECTION I. — Des causes du <i>repudium</i>	8
SECTION II. — Des causes du divorce <i>bonâ gratiâ</i>	28
CHAPITRE II. — QUELLES SONT LES PERSONNES DONT LA VOLONTÉ EST NÉCESSAIRE POUR DIVORCER ET COMMENT CETTE VOLONTÉ DOIT SE MANIFESTER.....	33
SECTION I. — Personnes qui doivent consen- tir au divorce.....	33
SECTION II. — Formes du divorce.....	38
§ 1. — <i>Repudium</i>	38
§ 2. — Divorce <i>bonâ gratiâ</i> ...	45
CHAPITRE III. — EFFETS DU DIVORCE.....	47
SECTION I. — Effets quant à la personne des époux.....	48
§ 1. — Délais de viduité.....	49
§ 2. — Hypothèses dans les- quelles le second ma- riage du répudiant est soumis à certains délais.....	53
§ 3. — Divorce entre patron et affranchie.....	57
§ 4. — Adultère.....	59

SECTION II. — Effets quant aux biens des	
époux.....	62
§ 1. — Suivant quelles règles	
s'opère la dévolution	
des biens.....	65
§ 2. — Procédure de cette dé-	
volution.....	82
SECTION III. — Effets quant aux enfants.....	103

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONVERSION

DE LA

SÉPARATION DE CORPS EN DIVORCE

INTRODUCTION

1. — De toutes les législations anciennes ou modernes, il n'en est pas une qui ne se soit occupée de remédier aux inconvénients résultant d'une union malheureuse. L'idée de mariage appelle l'idée d'une entente complète entre les deux époux. Le mariage, a dit le premier Consul dans une expression qui a fait fortune, est « l'union des âmes ». Il ne doit donc subsister que tant que les âmes restent en complète harmonie; si l'un des époux cesse de remplir à l'égard de l'autre époux toutes les obligations qui dérivent du mariage, celui-ci doit avoir la faculté d'obtenir une séparation.

2. — Mais à quelles conditions et de quelle manière cette séparation sera-t-elle accordée? La question posée en ces termes exige pour sa solution la discussion de bien des problèmes. Dans quelles hypothèses, tout d'abord, cette union doit-elle disparaître? Suffira-t-il que

l'un des époux ait donné à l'autre le moindre sujet de mécontentement pour que ce dernier puisse, de sa propre autorité et sans le consentement de son conjoint, porter atteinte au lien conjugal? Chaque époux ne pourrait-il même pas, en vertu d'un simple caprice et sans en avoir aucun motif sérieux, dénouer les liens qui l'unissaient à son conjoint? ou, au contraire, chargerait-on une autorité quelconque, investie d'un pouvoir plus ou moins considérable, discrétionnaire ou soigneusement limité, d'examiner les griefs formulés par l'un des époux et de prononcer la séparation qu'il réclame?

3. — A côté de ce problème législatif s'en posait un autre encore plus délicat peut-être : jusqu'à quel point doit-on pouvoir porter atteinte au lien du mariage? Y aura-t-il un simple relâchement, une séparation d'habitation désunissant les conjoints, mais laissant subsister le mariage, et empêchant par suite les époux de se remarier? Ou, au contraire, le lien aura-t-il absolument été rompu; le mariage sera-t-il complètement dissous, annihilé, et les époux seront-ils maîtres de convoler en de nouvelles noces?

Chacune de ces deux questions, comme toutes celles qui se sont présentées aux législateurs des différents pays et des différentes époques, a reçu des solutions très diverses suivant les lieux, et, bien plus encore, suivant les temps.

Les législations anciennes, qui pourtant n'avaient pas été l'objet d'une entente commune, sont à peu près unanimes à nous montrer une séparation facile, laissée à l'arbitraire des époux et n'exigeant l'intervention d'aucune autorité extérieure. Si l'on remonte même au début de ces législations, la dissolution du mariage est

une pure affaire de convention, et bien mieux de volonté unilatérale : les époux non seulement font cesser le mariage sans aucune intervention étrangère, mais ils le font cesser sans aucun motif, par leur caprice commun ou même par la volonté d'un seul.

4. — La législation change peu à peu sur ce point, et par une marche et un progrès constants, après des tâtonnements nombreux dont le détail serait inutile ici, on en arrive à peu près partout à un système analogue à celui dont l'expression se trouve aujourd'hui dans les articles 229 à 232, 306 du Code civil : causes de séparation strictement limitées et basées toutes sur l'empêchement absolu dans lequel se trouvent les époux de continuer la vie commune (1).

5. — Les influences qui ont contribué à cette modification sont très diverses et d'une importance variable; on peut attribuer en grande partie les progrès successifs de la législation en cette matière à l'empire exercé par le christianisme; les différentes versions des Évangiles sont unanimes pour proclamer l'indissolubilité du mariage; un seul cas permet la rupture du lien conjugal, encore est-il très discuté, c'est l'adultère commis par la femme.

Mais on s'exagérerait singulièrement l'influence du christianisme si on lui attribuait le rôle principal, ou, à plus forte raison, unique dans cette limitation à laquelle ont abouti toutes les législations européennes; le christianisme ne règne pas partout, et c'est dans tous les pays cependant que le mariage est indissoluble.

(1) V. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principales législations de l'Europe*.

Les progrès naturels de la civilisation expliquent suffisamment à eux seuls, mieux que ne le ferait aucun raisonnement, les efforts faits par toutes les législations pour maintenir le lien du mariage. Tant d'intérêts sont en jeu qu'on ne concevrait plus aujourd'hui une facile disparition de ce lien : le conjoint ne doit pas être à la merci de son conjoint ; ce principe suffit pour proscrire la cessation du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux ou même par leur consentement à tous deux. Les tiers, les enfants, la Société elle-même ont intérêt à ce que le mariage subsiste jusqu'à ce que la mort de l'un des époux entraîne l'extinction naturelle ; tel est le motif du maintien du mariage.

6. — Néanmoins il y a des circonstances où le maintien de la vie commune devient impossible : en cas d'adultère, d'injure, de crime, la loi a dû faire passer l'intérêt de l'époux offensé au-dessus des divers intérêts dont nous avons parlé.

Qu'arrivera-t-il alors, et pour poser une deuxième fois la dernière de nos questions, y aura-t-il une disparition complète du mariage ou un simple relâchement du lien conjugal ? Y aura-t-il divorce ou séparation de corps ?

Nous n'entreprendrons pas d'exposer l'historique complet de cette question, d'étudier les diverses solutions qui lui ont été données dans le cours des siècles et dans les différents pays. Aussi bien quelques mots suffiront-ils à indiquer les variations des législations et les influences auxquelles ces variations sont dues.

7. — Pendant longtemps, on ne comprit pas qu'il pût y avoir un simple relâchement du lien conjugal ; le mariage existait ou n'existait pas ; s'il subsistait, il

devait conserver tous les effets du mariage; s'il disparaissait, rien n'en devait être maintenu. En conséquence, les législations anciennes, sans aucune exception, admettaient la rupture complète du lien conjugal lors de la survenance de l'un des événements qui rendaient impossible la continuation de la vie commune; le divorce était le seul remède admis.

8. — C'est ici que se fit sentir l'influence exclusive du christianisme; il inventa la séparation d'habitation, plus connue aujourd'hui sous le nom de séparation de corps. La séparation de corps n'était pas une cause de dissolution du mariage, puisque le mariage était indissoluble selon les dogmes du christianisme; mais comme on ne pouvait obliger les époux à continuer une communauté de vie devenue impossible, on leur permettait de relâcher le lien conjugal: les époux séparaient leur existence aussi bien que leurs intérêts, mais ils restaient unis et aucun d'eux ne pouvait, du vivant de son conjoint, contracter une nouvelle union.

Cette sorte de transaction fut adoptée par tous les pays chrétiens, et, en France notamment, la séparation de corps fut le seul remède accordé aux époux qui, par l'arrivée d'une des circonstances prévues par la législation, ne pouvaient vivre en commun.

9. — Le droit intermédiaire, ici comme sur beaucoup d'autres points, adopta, dans son désir de réaction, le système absolument opposé; répudiant le christianisme, il répudia également les règles qui étaient inspirées par lui. C'est pour ce motif que le divorce (qui d'ailleurs fut permis dans une mesure extrêmement large) détrôna la séparation de corps, et reprit le rôle qu'il avait joué dans les législations anciennes.

10. — Les rédacteurs du Code civil exercèrent sur cette question, aussi bien que sur tant d'autres, leur œuvre de conciliation et d'apaisement; une transaction leur parut possible entre le christianisme qui préconisait la séparation de corps et les autres religions qui ne la connaissaient pas. On décida donc que le divorce et la séparation seraient appliqués concurremment, et que les époux pourraient à leur choix, soit dissoudre le mariage, soit se contenter d'un relâchement du lien conjugal. Cette solution, pensait-on, donnait satisfaction à toutes les opinions. Sans doute on aurait pu restreindre le divorce aux religions non catholiques, et imposer aux catholiques l'obligation de recourir à la séparation de corps; mais n'aurait-on pas pu craindre alors que les catholiques ne changeassent de religion pour pouvoir divorcer comme cela s'est fait fréquemment dans un pays de l'Europe où cette distinction est admise?

11. — Quoi qu'il en soit, la distinction admise par le Code civil n'eut pas une longue fortune, et les idées religieuses faisant une seconde fois des progrès, l'abrogation du divorce fut décidée. La loi du 8 mai 1816 rétrograde jusqu'à l'ancien Droit et n'admet que la séparation de corps.

Non seulement une telle situation paraissait fâcheuse pour les époux que leur foi ne retenait pas dans le mariage et qui auraient préféré une dissolution complète à un état intermédiaire entre le maintien du mariage et sa dissolution; mais elle était par cela même évidemment transitoire et ne pouvait manquer d'appeler un jour ou l'autre une réforme. On avait cru revenir à l'ancien Droit, mais on l'avait singulièrement aggravé; l'ancien Droit, s'il n'admettait pas le divorce, arrivait au même résultat, en empruntant au droit canonique

de nombreuses causes de nullité du mariage; les époux faisaient juger que le mariage n'avait jamais existé, ce qui rendait inutile une dissolution du lien conjugal (1). Le Code civil admettant le divorce n'avait pas cru nécessaire de maintenir ces diverses causes de nullité; le législateur de 1816 ne remarquait pas la grave innovation qui résultait de son prétendu retour aux principes.

Aussi les réclamations ne manquèrent pas contre une telle législation; les pouvoirs publics se rendirent complices des vœux qui leur étaient exprimés, et, à diverses reprises, des projets de loi furent déposés qui auraient eu pour effet de revenir, sauf des modifications plus ou moins considérables, au régime du Code civil. Mais, pour une raison ou pour une autre, ces projets n'avaient jamais abouti.

12. — C'est le 27 juillet 1884, après des tentatives nombreuses et inutiles, que fut promulguée une loi qui rétablissait le divorce; elle abrogeait la loi de 1816 et remettait en vigueur, en les modifiant profondément, les articles que le Code civil consacrait au divorce.

13. — Ce n'est pas encore la dernière expression de la législation : une loi du 18 avril 1886, relative à *la procédure en matière de divorce et de séparation de corps*, a introduit les premières modifications. Des projets de loi sont déposés ou annoncés qui doivent également apporter quelques changements à la législation actuelle.

14. — Aujourd'hui, comme pendant le court espace de douze ans qui s'écoula entre la promulgation du Code

(1) V. Glasson, *Des empêchements en matière de mariage*, à propos d'un ouvrage récent de M. l'abbé Allègre, *France judiciaire*, 1887, p. 129.

civil et la loi de 1816, le divorce et la séparation de corps sont admis concurremment ; et les causes qui, aux yeux du législateur, sont assez graves pour motiver un relâchement du lien conjugal, peuvent également servir de base à une demande en dissolution du mariage. L'assimilation entre ces deux remèdes est même beaucoup plus étroite qu'elle ne l'était sous le Code civil ; car le consentement mutuel, qui ne pouvait donner lieu à la séparation de corps, mais qui entraînait le divorce (art. 283), a complètement disparu de la législation.

13. — Nous ne sommes pas, pour notre part, partisan du divorce ; nous croyons, sans invoquer des considérations religieuses qui ne rentrent pas dans le cadre de cette étude, que la dissolution du mariage a été trop facilement admise tant par le législateur de 1884 que par celui de 1886. On aurait pu, tout au moins, si ce remède avait été jugé indispensable, le rendre moins fréquent en limitant davantage les causes et surtout en imposant aux époux un temps d'épreuve pour les inviter à réfléchir ; l'esprit de la loi moderne est absolument opposé à ce système ; on n'a fait qu'augmenter la facilité de divorcer et supprimer les formalités de procédure destinées à ralentir l'action (1).

Quoi qu'il en soit de cette question qui sort de notre sujet, la coexistence de la séparation de corps et du divorce donne lieu en législation à une question de la plus grande importance ; lorsque l'un de ces deux événements s'est produit, est-il définitif, ou est-il permis au contraire aux époux de le faire cesser ?

(1) V. *infra*, n^{os} 254 et 255.

On voit immédiatement que cette question en comprend deux: les époux peuvent-ils, une fois séparés ou divorcés, se réunir? Peuvent-ils, modifiant la nature de leur désunion, changer la séparation de corps en divorce ou le divorce en séparation de corps?

16.—La loi qui cherche par tous les moyens à favoriser la réunion des époux a adopté l'affirmative sur la première question.

Les époux séparés de corps peuvent reprendre la vie commune; cette solution est tellement évidente que le législateur a jugé inutile de l'énoncer; elle résulte implicitement de l'article 1451 qui règle, en cas de réunion, le sort des conventions matrimoniales.

17. — La séparation de corps n'atteindrait pas en effet son but, si elle ne laissait plus place à la réconciliation; l'une des raisons pour lesquels elle a été édictée est précisément cette possibilité du pardon que prévoyait le législateur.

18. — Le Code civil donnait une solution différente pour le cas de divorce; partant, sans doute, de l'idée que le mariage une fois dissous ne peut revivre et que les époux divorceraient trop légèrement s'ils pouvaient se réunir ultérieurement, il défendait aux époux de contracter entre eux un nouveau mariage (art 296).

Ce système méconnaissait la grandeur du pardon; en outre, sous prétexte d'empêcher les conjoints de demander trop facilement le divorce, il prolongeait une situation devenue odieuse et ne donnait à l'affection qui renaissait entre eux d'autre ressource que le concubinage. Enfin, il avait le tort d'être peu logique. Que les époux ne pussent, par une nouvelle union, donner un effet rétroactif à leur mariage et considérer le premier

mariage comme n'ayant pas été interrompu, cela était naturel ; mais pourquoi ne pas leur permettre de contracter un nouveau mariage entre eux, comme ils auraient pu le faire avec des étrangers, une fois que les griefs auraient disparu et que la réconciliation aurait eu lieu ?

Ces idées ont inspiré le nouvel article 295 qui permet la réunion des époux à condition de la célébration d'un second mariage (1). Aujourd'hui donc le divorce n'est, pas plus que la séparation de corps, définitif.

19. — Faut-il en dire autant pour répondre à la deuxième des questions que nous posions tout à l'heure ; faut-il dire que les époux ont autant de facilité pour modifier la nature de leur séparation que pour la faire cesser ? Un accord de volontés, revêtu des formes légales, consacré au besoin par les tribunaux, pourra-t-il substituer le divorce à la séparation de corps, ou la séparation de corps au divorce ?

20. — Il est tout d'abord facile d'apercevoir que le législateur ne pouvait permettre aux époux qui auraient divorcé de demander ensuite la séparation de corps. Le divorce a dissous complètement le mariage dont rien ne subsiste ; comment serait-il possible de le faire renaître ? Les effets de la séparation de corps ne pourraient pas, en effet, être obtenus sans que le mariage reprît en même temps son existence, et le mariage ne peut revivre sans une nouvelle célébration (art 295). Les époux ne présenteraient d'ailleurs jamais de motifs sérieux pour obtenir la conversion du divorce en sépa-

(1) Cet article interdit cependant aux époux de se réunir si, postérieurement à la dissolution de leur premier mariage, ils ont contracté avec un tiers un mariage suivi lui-même de divorce.

ration de corps ; car si leurs sentiments religieux les empêchent de se trouver satisfaits de l'effet radical produit par le divorce, ils ont eu tort de ne pas immédiatement faire apparaître ces scrupules en demandant la séparation de corps.

Aussi n'a-t-on jamais proposé d'admettre la faculté de convertir le divorce en séparation de corps et le Code civil n'a même pas jugé nécessaire d'édicter une disposition pour prohiber la conversion (1).

21.— La seule question quise soit, lors des diverses discussions dans les Assemblées législatives, imposée à l'attention est celle de savoir s'il n'y a pas lieu d'admettre la conversion de la séparation de corps en divorce.

Selon nous, le jeu naturel des principes appellerait encore ici une solution négative ; deux voies étaient ouvertes à l'époux offensé pour obtenir la réparation de l'injure qui lui a été faite ; il a choisi la séparation de corps, manifestant ainsi d'une manière formelle l'intention de maintenir le lien conjugal ; il s'est contenté de ce remède et un jugement est venu consacrer sa volonté. Lui sera-t-il permis maintenant, par une nouvelle manifestation de volonté, de modifier la situation qu'il a lui-même créée et de demander le divorce ?

De même, l'époux contre lequel la séparation de corps était demandée n'était pas obligé d'accepter cette

(1) L'art. 239, 2^e alinéa, du C. civ., modifié parla loi du 18 avril 1886, permet de transformer, en première instance, la demande de divorce en séparation de corps ; cette disposition, très critiquable au point de vue des principes, a été introduite sur cette observation « qui peut le plus peut le moins ». (Sénat, séance du 10 décembre 1885 ; *Journal officiel* du 11, débats parlementaires, p. 1281). Elle ne peut servir d'argument à l'opinion contraire à celle que nous énonçons.

situation sans présenter aucune réclamation ; il avait le droit de former une demande reconventionnelle s'il avait lui-même des griefs à faire valoir contre son conjoint ; il pouvait faire passer sous les yeux des juges tous les inconvénients de la séparation de corps et demander le divorce. Cet époux n'ayant pas usé de la faculté que lui accordait la loi, un jugement a valablement prononcé contre lui la séparation de corps. Si, au contraire, il était seul coupable, quel droit aurait-il de vouloir faire modifier un état dont il a été la cause première ?

22.— Aucun des époux ne pourrait donc, d'après les principes, demander la modification d'une situation qu'il a acceptée, et qui, comme toutes les décisions judiciaires, aurait dû rester définitive. Sans doute, la loi permet aux époux séparés de corps de se réunir, aux époux séparés de biens de revenir aux conventions matrimoniales qui les régissaient, aux époux divorcés de contracter un nouveau mariage ; mais la situation en présence de laquelle nous nous plaçons actuellement est toute différente.

22 bis. — En premier lieu, les changements d'état auxquels nous venons de faire allusion ont pour effet de resserrer ou de faire renaître l'union entre époux : cela est de toute évidence pour la cessation de la séparation de corps ou du divorce ; cela n'est guère plus contestable pour le contrat dont parle l'article 1451 du Code civil qui a pour but de faire cesser la séparation de biens ; car celle-ci, en donnant une certaine indépendance à la femme et en témoignant de l'incurie ou de la prodigalité du mari, est de nature à produire entre les époux certains froissements. Or, la conversion de la

séparation de corps en divorce, loin de faire renaître l'union entre les époux, accentue encore leur désaccord.

De plus, les diverses modifications dont nous parlons ne peuvent jamais dériver de la volonté unilatérale de l'un des époux. La loi exige partout l'accord et le consentement des deux époux pour revenir à l'ancien état de choses. Au contraire, si la conversion de la séparation de corps en divorce peut être demandée aux tribunaux, elle pourra l'être par l'un d'eux sans l'assentiment de son conjoint(1).

23. — Malgré ces considérations à la fois juridiques et morales, la loi, se laissant guider par de soi-disant motifs d'équité et d'utilité pratique, a toujours admis la possibilité de convertir la séparation de corps en divorce.

24. — La séparation de corps est un état, a-t-on dit, qui supprime tous les avantages du mariage tout en laissant subsister la plupart de ses inconvénients. La vie en commun disparaît, et avec elle, d'après la plupart des auteurs (2), le droit qu'avait chaque époux de réclamer, en cas de maladie, les secours de son conjoint. Mais le devoir de fidélité est maintenu et l'adultère est

(1) Nous faisons abstraction d'une controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si l'époux qui a obtenu la séparation de corps ne peut pas imposer à son conjoint la reprise de la vie commune; il y aurait, si on adoptait l'affirmative, une dérogation au principe que nous énonçons. Cette théorie ne nous paraît pas admissible; car elle est en contradiction avec le principe de l'autorité de la chose jugée. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, t. V, § 493, note 4, p. 210; — Marcadé, *Explication du Code civil* sur l'art. 311, n° 5; — Massol, *De la séparation de corps*, p. 350 n° 3; — Demolombe, *Cours de Droit civil*, t. IV, n° 532 (*Mariage*, t. II); — Req., 3 février 1881, S. 81, 1, 197; — *Contrà* Zachariæ, *Droit civil*, § 493, note 2.

(2) Nous reviendrons sur ce point (n° 90).

puni comme si la situation antérieure ne s'était pas modifiée; la femme, quoique séparée de son mari, est obligée de recourir à son autorisation pour les actes les plus importants de la vie civile (1) ; enfin l'union reste désormais stérile.

Ces inconvénients touchent à l'intérêt général aussi bien qu'à l'intérêt privé; aussi beaucoup de législations européennes n'admettent même pas la séparation de corps et obligent l'époux offensé à recourir au divorce; le législateur français, sans aller jusque-là, a voulu qu'on pût au moins substituer à la séparation de corps le régime plus absolu du divorce.

On peut, il est vrai, reprocher à l'époux qui a obtenu la séparation de corps de n'avoir pas immédiatement demandé le divorce; mais peut-être a-t-il agi sous l'influence de scrupules religieux qui depuis ont disparu; peut-être aussi s'est-il figuré qu'il trouverait un remède suffisant dans la séparation de corps et s'est-il aperçu plus tard qu'il n'en était rien.

On peut également reprocher à l'époux contre qui la séparation a été prononcée d'y avoir donné lieu par sa faute; mais, une fois qu'il a été puni pour cette faute, est-il juste de perpétuer un châtement en le retenant dans cet état intermédiaire qu'on a si bien caractérisé lors des discussions de la loi du 27 juillet 1884, en disant que les époux sont mariés sans l'être.

25. — Il n'est donc pas nécessaire, d'après les partisans de la conversion, pour justifier en législation le

(1) Nous reparlerons d'un projet de loi dont l'objet est d'augmenter dans certaines circonstances la capacité de la femme séparée de corps. V. n° 587, note.

droit de convertir la séparation de corps en divorce, de prétendre que la séparation de corps doit être une sorte de mesure préparatoire au divorce, de transition entre le mariage et le divorce (1). La séparation de corps est, en France, une situation par elle-même définitive qui peut et doit durer jusqu'à ce que le mariage soit dissous par la mort des époux ; mais cet état présente trop d'inconvénients pour qu'il ne soit pas permis aux époux d'y mettre fin en rompant complètement le mariage.

26. — Reconnaitrons-nous, par la force de ces arguments, que, si les principes de l'autorité de la chose jugée devaient faire obstacle à la conversion de la séparation de corps en divorce, le législateur s'est inspiré de l'équité en l'admettant ?

Nous ne croyons pas que ces motifs justifient suffisamment la loi d'avoir admis la conversion et soient de nature à prévaloir contre ceux que nous avons développés précédemment.

27. — Laissons de côté tous nos arguments juridiques, si irréfutables qu'ils soient. La conversion serait suffisamment justifiée, si elle avait l'équité pour elle ; en restant exclusivement sur ce dernier terrain, n'aperçoit-on pas tous les inconvénients que présente pour les époux, leur famille et la Société, le droit de convertir la séparation en divorce ? Les conjoints sont mis à la merci l'un de l'autre, et aucun d'eux ne peut dire avec certitude s'il restera ou non marié. C'est bien en parlant de la conversion qu'on peut affirmer que les époux séparés sont mariés sans l'être, et cette critique ne subsisterait

(1) C'est le caractère que lui assigne M. Laurent dans son avant-projet de Code civil belge.

pas si la séparation était un état définitif. Les enfants et la famille ne sont pas moins intéressés à ne pas voir se reproduire des débats scandaleux qu'on était en droit de croire terminés et dont la répétition nuit également à la Société tout entière.

28. — Que signifie ce reproche adressé à la séparation de corps, qu'elle constitue un état préjudiciable à tous les intérêts? S'il en était ainsi, la loi l'admettrait-elle? et lui aurait-elle donné une place exclusive pendant si longtemps? On nous dit qu'elle n'a été admise que par déférence pour les catholiques : cela est si peu vrai qu'elle est souvent demandée par des époux appartenant à une autre religion.

A quels intérêts d'ailleurs la séparation de corps est-elle plus préjudiciable que le divorce? On ne niera pas que les enfants ont tout avantage à voir leur mère continuer à porter le nom de leur père et à pouvoir espérer une réconciliation qui est possible en cas de séparation de corps et que le divorce, en supprimant tous rapports entre les époux et en leur permettant de se remarier, rendra plus difficile; d'un autre côté, si du vivant d'un de leurs auteurs l'autre contracte un second mariage, n'y aura-t-il pas là une situation qui nuira gravement aux enfants, tant en diminuant l'affection qu'ils pouvaient attendre de leur père ou de leur mère qu'en les soumettant, dans leur succession, au concours des enfants nés du nouveau mariage?

La femme reste soumise, en cas de séparation de corps, à l'autorité maritale; au moins aucune modification n'est encore intervenue sur ce point (1). Y a-t-il là, comme on l'a

(1) V. sur le nouveau projet de loi, *infra*, n° 587, note.

prétendu, un motif pour considérer la séparation comme désavantageuse? Nous croyons fermement le contraire : la femme livrée à elle-même ne serait-elle pas en danger de diminuer son patrimoine par des spéculations aventureuses? Ce n'est pas seulement dans l'intérêt du mari que l'autorisation de celui-ci est nécessaire. C'est aussi, tout le monde en convient (1), pour le bien de la femme elle-même et de la famille; or, en se plaçant à ce point de vue, le désaccord qui existe entre les époux doit-il faire cesser l'incapacité de la femme? Ne rend-il pas, au contraire, l'autorisation maritale plus nécessaire, puisque l'influence morale des époux l'un sur l'autre n'existe plus?

29. — Nous aurions compris la conversion, comme mode unique d'obtenir le divorce, une fois l'utilité de celui-ci reconnue; nous aurions même désiré que le divorce ne pût être demandé qu'après plusieurs années de séparation de corps; les conjoints auraient pris le temps de réfléchir et, comme dans l'ancien divorce par consentement mutuel, auraient été obligés de passer par des phases diverses et nombreuses, par une procédure longue et rebutante, pour arriver à la dissolution de leur mariage.

Mais puisque le législateur a préféré, à tort selon nous, autoriser le divorce aussitôt que la cause de désunion s'est produite, il aurait dû s'en tenir là et ne pas permettre de changer une situation définitive en une autre situation également définitive : le provisoire seul doit être appelé à disparaître.

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, t. V, § 472, note 5, p. 438; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n^o 413 à 417; — Moulon, *Répétitions écrites*, t. I, n^o 761 et 762; — Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 329.

50.— Quoi qu'il en soit, le Code civil permettait déjà la conversion; la loi du 27 juillet 1884, en rétablissant le divorce, l'a également admise, et la loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce n'a songé qu'à la réglementer.

51.— Acceptons donc désormais la législation existante, et bornons-nous, en entrant dans le détail de la matière, à exposer les règles de la conversion et à examiner s'il n'est pas possible, même en la considérant comme une institution nécessaire, d'y introduire certaines améliorations.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de remarquer que d'importantes différences séparent la conversion telle qu'elle existe actuellement de celle qu'avait admise le Code civil; nous montrerons également que la législation de 1884 et 1886 n'est pas définitive et que, de l'aveu même de ses auteurs, elle présente de nombreuses et graves imperfections.

52.— Nous étudierons, dans un premier chapitre, quelles sont les personnes qui peuvent demander la conversion de la séparation de corps en divorce et quelle est la capacité nécessaire à cet effet.

Nous examinerons dans un second chapitre quelles sont les conditions exigées pour que la séparation de corps puisse être convertie en divorce, et nous nous demanderons quel est le pouvoir des tribunaux auxquels la demande est soumise.

Un troisième chapitre sera consacré à l'étude de la procédure en matière de conversion.

Nous rechercherons, dans nos deux derniers chapitres, les effets de la décision judiciaire intervenue, quel que soit d'ailleurs le sens de cette décision.

Enfin, un appendice aura trait aux dispositions transitoires contenues dans les lois du 27 juillet 1884 et du 18 avril 1886 : ces dispositions règlent, au point de vue de la conversion, le sort des instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de ces lois et des séparations de corps prononcées avant cette époque.

TEXTES

CODE CIVIL

Art. 310. — Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas à reprendre la vie commune.

Loi du 27 juillet 1884.

Art. 310. — Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux.

Cette nouvelle demande sera introduite, par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le Président.

Elle sera débattue en chambre du Conseil.

L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au Ministère public, et fixera le jour de la comparution.

Le jugement sera rendu en audience publique.

Loi du 18 avril 1886

Alinéa ajouté à l'article 310.

La cause en appel sera débattue et jugée en chambre du Conseil sur rapport, le Ministère public entendu.

L'arrêt sera rendu en audience publique.

CHAPITRE PREMIER

Personnes qui peuvent demander la conversion et capacité requise.

53. — Les articles 229 à 232 du Code civil reconnaissent trois causes de divorce :

L'adultère ;

Les excès, sévices ou injures graves ;

La condamnation à une peine afflictive ou infamante ;

A ces causes, comme nous allons le montrer, il faut en ajouter une quatrième, la conversion de la séparation de corps.

54. — Le Code civil, pas plus dans sa rédaction modifiée par la loi du 27 juillet 1884 que dans l'art. 310 primitif, ne range cette dernière parmi les causes de divorce.

Les rédacteurs ont agi en gens pratiques ; ils ont jugé avec raison que la conversion diffère trop de toutes les autres causes de divorce pour qu'on puisse la confondre avec elles.

Les causes ordinaires de divorce sont, en effet, toutes basées sur cette idée que la vie commune, qui a duré jusqu'au moment où l'action a été intentée, est devenue impossible. Au contraire, la demande en conversion suppose que la vie commune a déjà cessé, qu'un remède a déjà été apporté à la situation des époux,

mais que ce remède n'est pas suffisant. En un mot, la conversion ne s'attaque pas au mariage de la même manière que les autres causes de divorce; son but immédiat est d'accentuer les effets de la séparation de corps. L'époux demandeur n'invoque pas tel ou tel fait qu'il présente comme une cause de divorce; il se base simplement sur la séparation de corps en alléguant que l'état qui en résulte lui paraît devoir être modifié.

Telle est la différence essentielle qui sépare la conversion de toutes les autres demandes de divorce; il en existe encore beaucoup d'autres que nous aurons l'occasion de passer en revue.

Mais le point essentiel à noter actuellement c'est que nous sommes en face d'une véritable cause de divorce, c'est que la demande en conversion constitue une demande en divorce et que la séparation de corps antérieure est la cause sur laquelle le demandeur s'appuie; car il ne se base pas sur les faits anciens; et quant aux faits nouveaux, nous verrons que si la jurisprudence permet de les invoquer, ce n'est que comme auxiliaires de l'argument principal tiré de la prononciation antérieure de la séparation de corps (1). Cette observation nous sera d'un grand secours, non seulement pour les questions que nous allons étudier dans ce chapitre, mais pour toutes celles qui feront l'objet des chapitres suivants.

(1) Saint-Marc (art. dans la *Revue critique*, vol. de 1885), n° 3; — Toul. lier, *Cours de Droit civil*, II, 674; — Laurent, *Principes de Droit civil*, t. III, n° 498.

SECTION I

Des personnes qui peuvent demander la conversion.

35. — Nous nous occuperons d'abord des époux et ensuite de leur ayants cause.

36. — Le régime établi par la loi de 1884, au point de vue des causes qui peuvent motiver le divorce, place les deux époux dans un état d'égalité absolue. Déjà, sous l'empire du Code civil, le mari et la femme avaient un droit semblable à obtenir le divorce ou la séparation de corps soit pour excès, sévices et injures graves (art. 231), soit pour condamnation à une peine infamante (1) (art. 232). Mais l'adultère, qui donnait au mari le droit de demander le divorce ou la séparation de corps, lorsqu'il était commis par la femme, ne permettait à celle-ci d'intenter ces actions que si le mari l'avait commis dans certaines circonstances. Aujourd'hui l'adultère du mari, comme celui de la femme, donne à l'époux innocent le droit de demander le divorce.

37. — Le Code civil et, après lui, la loi de 1884, ont également permis au mari et à la femme de demander la conversion de la séparation de corps en divorce, après l'accomplissement de certaines conditions que nous exposerons plus tard. Mais une distinction d'une autre nature était faite : seul le défendeur à la séparation de corps avait le droit de demander la conversion ; le demandeur, c'est-à-dire l'époux au profit duquel la séparation avait été prononcée, était obligé de rester

(1) L'art 232, modifié par la loi du 27 juillet 1884, exige une peine à la fois afflictive et infamante.

dans la situation intermédiaire qu'avait faite le jugement de séparation de corps, en attendant qu'il plût à son conjoint de l'en faire sortir.

« L'époux, portait l'ancien article 310, *qui était originellement défendeur*, pourra demander le divorce au tribunal qui l'admettra (1). »

Cette distinction entre le demandeur et le défendeur (2) n'était pas sans s'appuyer sur de sérieux motifs ; néanmoins, ces motifs n'ont pas paru, et avec raison selon nous, suffisants au législateur de 1884 ; du moment où la conversion était autorisée, il était bon de la permettre aux deux époux.

58.— Les rédacteurs du Code civil s'appuyaient sur cette idée que le demandeur avait eu le choix entre l'action en séparation de corps et l'action en divorce. Dès cette époque, en effet, et il en est de même aujourd'hui (3), les causes du divorce et celles de la séparation de corps étaient les mêmes. Le demandeur, après avoir fait son choix en toute liberté, pouvait-il revenir ensuite sur la décision qu'il avait prise et substituer le divorce à la séparation ? Pouvait-on mettre à sa merci le défendeur, alors que, dans la première instance, celui-ci n'avait eu aucun moyen de peser sur la décision du demandeur ?

(1) Voir chap. II.

(2) Nous entendrons désormais par demandeur, conformément au langage usuel, l'époux qui a obtenu la séparation de corps et par défendeur celui contre lequel elle a été prononcée.

(3) Nous avons déjà signalé une exception que le nouvel art. 295 a fait inconsciemment subir à ce principe ; cet article, en permettant aux époux qui ont divorcé de se réunir, leur interdit de dissoudre le nouveau mariage à l'aide d'un divorce ; mais, à défaut de prohibition spécialement écrite dans la loi, la séparation de corps leur reste permise. *Suprà* n° 20, note, *infra*, n° 130.

Cette réflexion, juste lors de la confection du Code, l'est encore davantage aujourd'hui. Car le demandeur pouvait avoir sous l'empire du Code civil un motif de préférer la séparation de corps au divorce qui ne peut plus subsister aujourd'hui.

59.— Le Code avait édicté pour le divorce une procédure compliquée et coûteuse ; la séparation de corps s'obtenait à beaucoup moins de frais et surtout était prononcée après des formalités moins nombreuses et dans un délai beaucoup plus court. Ces deux considérations pouvaient être de quelque influence sur l'esprit de l'époux innocent. Sans doute on arrivait, au moins à partir d'une certaine époque (1), à remédier au premier inconvénient à l'aide de l'assistance judiciaire. Mais il n'existait aucun moyen de se soustraire au second ; les deux ordonnances et les quatre ou cinq jugements qui composaient la procédure de divorce (2), les sursis qui pouvaient être imposés, l'effet suspensif des voies de recours faisaient subir à l'époux pressé de rompre un lien odieux un retard considérable. Les mesures provisoires qu'il avait le droit de demander pendant l'instance étaient un remède suffisant à certains points de vue ; mais le jugement définitif seul lui donnait une complète liberté. Comment s'étonner que, sous un régime semblable, l'époux demandeur, dans l'hypothèse très ordinaire où il ne songeait pas, au moment d'intenter l'action, à se remarier, préférât la séparation de

(1) L'assistance judiciaire a été établie par la loi du 22 janv. 1851.

(2) Nous exceptons le cas d'une condamnation à une peine infamante : l'art. 261, qui d'ailleurs a été abrogé par la loi du 28 août 1886, édictait dans cette hypothèse une procédure beaucoup plus courte.

corps au divorce? N'était-il pas excusable de se servir du remède le plus prompt, et n'aurait-on pas été juste en lui permettant de demander plus tard, lorsqu'il aurait eu l'intention de se remarier, la conversion de la séparation de corps en divorce?

40. — Cette considération, quelle qu'en pût être la valeur, n'a plus aucune importance depuis quelques mois. La loi du 18 avril 1886, modifiant la procédure du divorce, a retranché la plus grande partie des formalités nécessaires autrefois; quant à celles qui subsistent, elles sont soumises elles-mêmes à une plus grande célérité.

D'un autre côté, le nouvel article 307, § 1, du Code civil soumet, sur la plupart des points, la séparation de corps aux mêmes formalités que le divorce. Le demandeur ne peut donc plus prétendre qu'il a choisi la séparation de corps pour éviter les frais ou la longueur d'une instance en divorce.

Et cependant la loi du 18 avril 1886 n'a pas songé à revenir au système du Code civil que la loi du 27 juillet 1884 avait abrogé en ces termes dans le nouvel article 310 :

« Le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande *de l'un des époux*... »

C'est que d'autres considérations, et qui n'ont aucunement perdu de leur importance, militaient en faveur de l'assimilation du demandeur au défendeur.

41. — Peut-être l'époux innocent espérait-il que son conjoint coupable se repentirait de ses fautes et pensait-il qu'alors la vie commune pourrait être reprise. Dans ces conditions, la séparation de corps valait mieux que le divorce; celui-ci aurait peut-être

irrité le défendeur et lui aurait enlevé à jamais le désir de se réunir à son conjoint. Ajoutons que, jusqu'au moment où l'art. 295 a été modifié par la loi du 27 juillet 1884, cette réunion n'était même pas possible, puisque l'ancien art. 295 défendait aux époux qui avaient divorcé de contracter ensemble un nouveau mariage (1).

42. — La situation des enfants nés du mariage a pu également préoccuper le demandeur. Qui ne connaît tous les désavantages qui s'attachent à la qualité d'enfants d'époux divorcés, la curiosité et presque la malveillance qui les poursuivent? Ajoutons, — ce sont des considérations que nous avons déjà présentées pour combattre la conversion (2), — que l'époux contre lequel a été prononcé le divorce peut contracter un second mariage, que de ce second mariage peuvent naître d'autres enfants, et qu'il en résultera pour les enfants nés du premier mariage, soit une diminution d'affection de la part de leur auteur, soit un amoindrissement dans leurs droits à la succession de ce dernier (3).

43. — En outre, l'époux qui a demandé la séparation a pu reculer devant le divorce en raison du peu de gra-

(1) « Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir. »

(2) N° 28.

(3) **A** ce dernier point de vue M. Carpentier (*Traité théorique et pratique du divorce*, n° 387) fait remarquer que le divorce est moins défavorable aux enfants que ne le serait la continuation du mariage de leurs auteurs; les enfants nés d'un second mariage de leur père ou de leur mère ne leur enlèvent, *dit-il*, qu'une part dans la succession de l'un des auteurs, alors que des enfants nés ultérieurement du mariage concourraient avec eux dans les successions. Il nous suffira de répondre que le père et la mère peuvent se remarier tous les deux, ce qui détruit absolument la portée de la remarque que nous signalons.

tivité des faits dont il avait à se plaindre; il en est surtout ainsi aujourd'hui que l'adultère du mari est, en toute hypothèse (art. 230), une cause de divorce et de séparation. Nos mœurs et notre éducation nous ont habitués à considérer l'adultère du mari comme moins coupable que celui de la femme et toutes les réformes législatives n'y détermineront pas une réaction. La femme a pu demander la séparation pour cause d'adultère du mari, se réservant de reprendre ultérieurement la vie commune si le mari ne retombait pas dans les mêmes fautes. Il se trouve que le mari continue sa manière de vivre antérieure, qu'il aggrave encore ses désordres; la femme ne doit-elle pas pouvoir rompre le lien qui l'unit à son mari et recouvrer son entière liberté?

44.—La possibilité de choisir entre le divorce et la séparation de corps pour les excès, sévices et injures graves, nous offre une hypothèse où cette observation acquerra une évidence bien plus grande encore. Des faits peu importants ne motiveraient pas suffisamment aux yeux de l'époux blessé une demande en divorce; mais ces faits, en se prolongeant ou en se renouvelant, acquièrent une gravité suffisante pour lui permettre de demander le divorce sans éprouver de scrupules.

La jurisprudence admet, par exemple, qu'une condamnation correctionnelle peut constituer une injure grave (1). N'est-il pas clair qu'un époux se contentera

(1) Bruxelles, 17 février 1881, *Pasicrisie*, 81, 2, 236, S. 83, 4, 3; — Trib. Castelnau-dary, 13 août 1885, *Loi* du 7 mars 1886; *Droit* du 15 mars 1886; — Toulouse, 5 juillet 1886; L. 86, 2, 209; *Droit* du 12 juillet; *Gazette des tribunaux*, du 26; — Trib. Cambrai, 16 juin 1887; *Loi* du 1^{er} août; — Carpentier, *Traité du Divorce*, n° 48, et

de demander la séparation contre son conjoint coupable de vol et que cette satisfaction ne lui suffira plus au cas où la conduite de ce dernier ne se modifiera pas?

45.— Ce n'est pas tout encore; si le Code civil a donné aux époux le choix entre le divorce et la séparation de corps, c'est pour concilier la faculté de se dégager d'un lien douloureux avec les scrupules religieux que peut éprouver l'époux demandeur. Or, supposons que celui-ci, fervent catholique, ait reculé devant le divorce; il ne se sent pas, plus tard, la force de continuer à vivre dans la situation intermédiaire où le mettait la séparation de corps; peut-être veut-il se remarier pour se créer une nouvelle famille. Il est d'une bonne législation de lui faciliter le passage de la séparation de corps au divorce.

Tous ces motifs ne sauraient prévaloir contre ceux que nous avons présentés contre la conversion, mais cette institution une fois admise, ils nous déterminent à approuver le législateur d'avoir étendu au demandeur le droit de demander la conversion de la séparation de corps en divorce (1).

46.— La législation de la conversion n'a pas subi les mêmes modifications en ce qui concerne le défendeur: le Code civil lui permettait déjà d'user du bénéfice de l'article 310, et la loi de 1884 l'y autorise encore.

La faculté accordée au défendeur paraissait surtout

loi de 1886, n° 17; — Poulle, p. 125; — Goirand, *Traité du Divorce*, p. 14; — Frémont, *Divorce*, n° 109; — Vraye et Gode, *eod.*, sur 291.

(1) Saint-Marc, n° 9.

singulière à l'époque où le demandeur ne pouvait demander la conversion ; on ne comprenait pas que le seul des époux qui était coupable fût également le seul à pouvoir rompre le mariage ; il n'était pas juste, disait-on, que la loi fût faite à l'époux innocent.

C'est sous l'influence de ces critiques que la conversion a failli sombrer tout entière dans une législation qui suit les principes du Code civil, en Belgique (1).

47.— Ces critiques, qui ont été reproduites depuis la loi (2), ne nous paraissent pas complètement exactes, et il est facile de leur répondre en examinant la situation du demandeur et du défendeur (3), soit sous l'empire du Code civil, soit sous celui de la législation actuelle.

On comprend parfaitement, une fois l'utilité de la conversion reconnue, le droit accordé au défendeur, même en l'absence d'un droit analogue établi au profit du demandeur. Le demandeur, telle est, nous l'avons dit, la considération qui avait guidé les rédacteurs du Code, a le choix entre la séparation de corps et le divorce ; on conçoit jusqu'à un certain point que ce choix une fois fait soit définitif.

Le défendeur est au contraire obligé de subir la situation que lui inflige le demandeur ; le maintiendra-t-on malgré lui dans une position qui lui est nuisible et qui est en même temps préjudiciable aux intérêts de l'État, tant à cause de la stérilité de l'union que de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de contracter

(1) V. Laurent, *Avant projet du Code civil*, t. II, sur l'art. 340. V. aussi M. Laurent, *Principes du Droit civil*, III, p. 237 ; Baudry-Lacantinerie, *Du divorce*, p. 88.

(2) Labbé, *Observations*, § 86, I, L. 93.

(3) N° 21.

un autre mariage et de l'état de concubinage qui souvent est la suite d'une séparation? L'obligera-t-on, suivant l'expression employée dans les travaux préparatoires de la loi de 1884 à « être marié sans l'être » ?

48. — Mais, a-t-on objecté, le défendeur était coupable, il était en faute; rien ne se conçoit mieux que le coupable obligé de subir la loi qui lui est faite par l'innocent, et c'est ici l'innocent qui est forcé de s'incliner devant la décision du coupable.

Cette objection, qui a été déjà présentée pour démontrer l'injustice de la conversion, donne lieu, si on adopte le principe de la conversion, à plusieurs réponses.

D'abord, a-t-on pu dire, il n'est pas juste de considérer l'époux défendeur comme étant toujours coupable.

Sans doute, les causes du divorce sont fondées en général sur une faute; l'absence de l'un des époux, que la loi du 20 septembre 1792 admettait (1) et qui seule n'était pas basée sur une faute, n'est plus, du moins en général (2), une cause de divorce (3).

Mais si l'époux défendeur a toujours commis une faute, s'ensuit-il que cette faute ait été dirigée contre son conjoint ? Il est incontestable que l'adultère, les excès, les sévices et en général les injures sont une atteinte au mariage et par suite une faute envers l'époux. Mais la loi admet également le divorce à la suite de la condamnation à une peine afflictive et infamante, et alors il est certain que l'époux condamné n'a pas eu

(1) Après cinq ans.

(2) V. Cep. Sein., 17 janv. 1887 ; — *France judiciaire*, 87, 2, 310 ; Paris, 11 février 1887, S. 87, 2, 88.

(3) V. la discussion qui s'est engagée sur ce point au Sénat, entre MM. Naquet et Batbie, dans les séances des 5 et 7 juin 1884 (*Journal officiel*, 6 et 8 juin); Débats Parlementaires, Sénat.

l'intention de léser son conjoint; si l'on peut dire qu'il a commis une faute, cette faute est dirigée contre la Société. La faculté de divorcer est moins la punition d'une faute commise envers celui-ci que d'un outrage à la Société; il en est de même des peines simplement infamantes qui suffisaient sous le Code civil et des condamnations correctionnelles auxquelles une jurisprudence relatée plus haut étend souvent, en les qualifiant d'injures graves, le droit de demander la séparation de corps ou le divorce.

En second lieu, il n'est pas moins inexact d'affirmer que le défendeur fait, en demandant la conversion, la loi au demandeur; cette idée, qui n'était pas entièrement vraie sous le Code civil, est plus fausse encore aujourd'hui.

Si le défendeur avait le droit, sous le Code civil, de réclamer la conversion de la séparation de corps en divorce, le demandeur, en vertu d'un acte unilatéral de volonté, pouvait arrêter sa demande. Il devait, il est vrai, lui offrir de reprendre la vie commune (1). Mais cette observation ne prouve-t-elle pas suffisamment que si quelqu'un faisait la loi, c'était le demandeur et non pas le défendeur?

Il est moins vrai encore de dire aujourd'hui que le défendeur fait la loi au demandeur; celui-ci ne peut plus, il est vrai — c'est du moins notre opinion — s'opposer à la demande en conversion. Mais nous verrons (2) que le nouvel article 310 donne aux tribunaux le droit d'acquiescer ou de rejeter à leur gré la demande en conver-

(1) « L'époux.... pourra demander le divorce... si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. » (C. civ., ancien art. 310.) — V. sur ce point n° 233.

(2) § 164 et suiv.

sion, et nous aurons même à apprécier une importante jurisprudence d'après laquelle la demande de l'ancien défendeur ne doit jamais être accueillie s'il ne l'appuie sur des faits postérieurs à la séparation (1).

Aujourd'hui d'ailleurs, l'anomalie qui existait dans le Code a disparu; puisque le demandeur peut intenter l'action en conversion, on ne peut dire que le défendeur soit dans une situation supérieure à la sienne.

49. — On fait encore au système législatif qui permet au défendeur de demander la conversion un autre reproche: si le demandeur s'est contenté d'une séparation, c'est presque toujours, dit-on, à cause de ses sentiments religieux; or, ces sentiments seront tout autant blessés par le divorce résultant d'une action en conversion qu'ils l'auraient été par le divorce obtenu immédiatement.

Cette critique repose certainement sur une observation exacte, lorsque, ajoutée à d'autres, elle tend à repousser l'institution de la conversion; mais, en se plaçant, comme le fait la loi, au point de vue de la nécessité de la conversion, nous ne voyons pas qu'elle soit de nature à interdire au défendeur le droit de réclamer la conversion. En quoi les scrupules religieux de l'époux au profit duquel la séparation a été prononcée seront-ils blessés si la séparation est convertie en divorce sur la demande de son conjoint? Sa religion lui défend de demander le divorce, mais non pas de le subir. Et qui, d'ailleurs, l'empêche de vivre dans la même situation que si son mariage persistait, et notamment de ne pas se remarier (2)?

(1) N^{os} 494 et suiv.

(2) Saint-Marc, n^o 4; — Poulle, p. 496.

30.— Notre avis n'est pas que la législation actuelle soit parfaite, même si, contrairement à notre opinion, on se montre partisan de la conversion. Nous aurons nous-mêmes à critiquer l'art. 310 sur plus d'un point; mais nous croyons qu'en ce qui concerne les personnes auxquelles est accordé le droit de demander la conversion, aucune réforme n'est à désirer; nous pensons, notamment, comme l'a fait le Sénat en rejetant un amendement contraire de M. Denormandie, que le défendeur doit, aussi bien que le demandeur, pouvoir demander la conversion.

§.— AYANTS CAUSE DES ÉPOUX.

31.— On entend généralement par ayants cause, en prenant le mot dans le sens le plus large, toutes les personnes qui exercent à leur profit le droit d'un tiers. Ce sont les cessionnaires, les créanciers et les héritiers.

I. — *Cessionnaires et créanciers.*

32. — Il ne peut pas plus être question de céder l'action en conversion que toute autre action relative à l'état des personnes, et notamment celle en séparation intimement de corps ou en divorce : elles sont toutes liées à la personne, et la personne à laquelle la loi les accorde peut seule les exercer.

Ajoutons que d'après l'opinion que nous nous proposons de soutenir (1), l'action en conversion exige, comme celle en divorce proprement dite, la présence même des parties, et notamment du demandeur; la

(1) V. n^{os} 290 et 291.

cession, si elle était valable, aurait pour effet de rendre cette présence inutile, et on arriverait ainsi à violer complètement la loi. Et ceci, pour le dire en passant, met également obstacle à ce que l'action soit exercée au nom de l'époux par un mandataire. Toutefois nous verrons, lorsque nous nous occuperons de la capacité, que la loi a fait une exception en ce qui concerne le tuteur, mandataire imposé par la loi à l'interdit légal (1).

§3. — La difficulté n'est pas plus grande en ce qui concerne les créanciers, et ceux-ci ne peuvent agir ni de leur chef, ni au nom de leur débiteur.

Qu'ils ne puissent agir de leur chef, le droit commun suffit à l'indiquer. La loi n'accorde aux créanciers le droit d'exercer en leur nom les actions de leur débiteur que dans des hypothèses très rares et soigneusement limitées (2).

Ils n'ont certainement pas non plus la faculté d'agir au nom de leur débiteur en exerçant le droit qui leur est accordé par l'article 1166 du Code civil.

Ce n'est pas qu'ils ne puissent avoir intérêt à exercer l'action en conversion; nous verrons notamment que la conversion supprime la pension du défendeur (3); nous verrons également qu'elle établit, au préjudice de ce dernier, la déchéance de l'article 299 qui, d'après beaucoup d'auteurs, ne résultait pas de la séparation de corps (4). Les créanciers du demandeur pourront donc

(1) V. n^o 406 et suiv.

(2) Art. 1733, 1798, C. civ. Encore le caractère de ces actions est-il très contesté. V. Labbé, *Revue critique*, 1876; — Balleydier, *Revue critique*, 1886; — Trencart, *Revue critique*, 1872.

(3) V. n^o 596.

(4) V. n^o 500 et suiv.

avoir intérêt à exercer l'action en conversion pour dégrever le patrimoine destiné à leur servir de gage.

Mais il ne suffit pas d'y avoir intérêt pour pouvoir exercer une action, il faut y avoir droit.

Or, les créanciers n'ont, d'après nous, le droit d'exercer ni l'action en conversion, ni l'action en divorce, ni l'action en séparation de corps (1).

L'article 1466 excepte, en effet, les droits que peuvent exercer les créanciers au nom de leur débiteur, *ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ; et s'il est un droit attaché à la personne, c'est bien celui de faire relâcher ou dissoudre le lien matrimonial. On peut même aller plus loin, et soutenir que l'article 1466 ne s'occupe que des droits pécuniaires, qu'il laisse absolument hors de son domaine les droits qui n'ont pas pour objet principal des biens, et que les droits attachés à la personne sont certains droits relatifs au patrimoine, qui, comme le retrait successoral (2), dérivent de certaines qualités personnelles.

§4.— Nous considérons même comme évident que les créanciers ne pourraient agir avec le consentement formel de leur débiteur.

On pourrait être tenté d'opposer à cette doctrine l'art. 1446 du Code civil, aux termes duquel les créanciers de la femme, qui pourtant ne peuvent en son nom exercer l'action en séparation de biens, ont le droit d'agir avec son consentement. Rien ne s'oppose, ajouterait-

(1) Carpentier, *Divorce*, n° 64, 72, 398 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 42 ; — Massol, *Séparation de corps*, p. 112 ; — Le Senne, *De la séparation de corps*, p. 114.

(2) Aubry et Rau, 4^e éd., t. IV, § 312, note 37, p. 126 ; — Demolombe, *Contrats*, t. II, n° 72, et *Successions*, t. IV, n° 60. — V. Colmet de Santerre, *Code civil*, t. V, n° 81 bis, VIII.

on, à ce qu'il en soit de même pour toutes les autres actions personnelles, et notamment pour l'action en conversion.

35.— Nous répondrions à cette objection que l'action en séparation de biens n'a aucun point de ressemblance avec celle dont nous nous occupons.

L'action en séparation de biens a pour objet la protection des intérêts pécuniaires de la femme; peut-être rentre-t-elle dans la classe des actions exclusivement attachées à la personne dont parle l'article 1166; mais il n'en est pas moins certain que son but exclusif est de prévenir ou d'entraver les dilapidations du mari.

Ce but ne guide aucunement l'époux qui intente l'une des actions fondées sur l'impossibilité de la vie commune. La séparation de corps ou le divorce portent sur le mariage lui-même et non pas sur le contrat de mariage.

Les créanciers qui agiraient avec le consentement de leur débiteur ne pourraient donc être considérés que comme des mandataires; la question revient ainsi à savoir si l'une des parties peut, dans l'instance en conversion, se faire représenter par un mandataire, et nous avons montré que la négative n'est pas contestable.

II. — Héritiers.

36.— Un droit peut être personnel au débiteur sans pour cela être intransmissible aux héritiers.

Le mot *droit personnel* se prend en effet dans plusieurs sens différents.

C'est ainsi que l'article 1166 entend par droit attaché à la personne un droit que ne peuvent pas exercer les créanciers se substituant à leur débiteur. Or, il n'est pas

difficile de trouver des droits personnels qui se transmettent aux héritiers : le retrait successoral ne peut être exercé par les créanciers et pourtant les héritiers ont la faculté d'en user (1) ; de même l'action en révocation pour cause d'ingratitude qui, d'après l'opinion générale (2), est personnelle au donateur, se transmet aux héritiers si celui-ci ne l'a pas exercée ou meurt pendant l'instance (art. 957, § 2).

Les mots *droit personnel* désignent encore un droit incessible ; et l'on conçoit des droits qui, tout en étant incessibles, se transmettent aux héritiers ; c'est ainsi que la cession de droits successifs avant l'acceptation ne transfère pas les droits tels qu'ils existent, puisqu'ils constituent le cédant en état d'acceptation (art. 780), et pourtant les héritiers de l'héritier peuvent à leur gré accepter ou renoncer (art. 781).

37. — En disant que l'action en conversion est personnelle, nous n'avons donc pas dénié aux héritiers le droit de l'exercer. Avant de donner sur ce point la solution qui nous paraît la meilleure, voyons quel intérêt les héritiers peuvent avoir à demander la conversion.

38. — Les héritiers du défendeur originaire n'ont, à notre avis, aucun intérêt à intenter cette action, car la séparation de corps n'est pas pour eux plus désavantageuse que le divorce ; et, au contraire, il se peut que le divorce leur nuise.

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 621 *ter*, note 30, page 523 ; — Demolombe, *Successions*, t. IV, n° 62.

(2) Aubry et Rau, t. VII, § 708, notes 18 et 19, p. 418 ; — Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, 48 ; — Marcadé, *Explication du Code civil*, t. IV, sur l'art. 1166, n° 2 ; — Larombière, *Obligations sur l'art. 1166*, n° 9.

Beaucoup d'auteurs prétendent, en effet, que la déchéance prononcée par l'art. 299 contre l'époux défendeur en divorce ne s'applique pas à la séparation de corps (1). L'époux contre qui la séparation a été prononcée conserverait donc les avantages qui lui ont été faits par son conjoint; or, il est certain que la conversion donnera lieu à l'application de l'article 299; les héritiers perdraient donc le bénéfice de ces libéralités.

39.— D'un autre côté, nous verrons que dans une opinion assez suivie en doctrine—et que, d'ailleurs, nous nous proposons de réfuter (2)—la pension alimentaire que l'article 301 permet au tribunal d'allouer à l'époux demandeur sur le patrimoine de l'époux défendeur est exigible également des héritiers de celui-ci; or, la pension que le défendeur pouvait devoir au demandeur durant la séparation de corps est (nous convenons que sur ce point encore il y a des dissidences) (3) soumise aux règles posées par les articles 205 et suivants; et la dette alimentaire réglée par ces articles n'est pas (autre question controversée) (4) transmissible passivement aux héritiers du débiteur.

On voit donc que, loin de profiter aux héritiers du défendeur, la conversion de la séparation de corps en divorce ne peut que leur nuire.

60.— Il est vrai qu'une certaine opinion, à laquelle la Cour de cassation paraît incliner, permet au défen-

(1) V. *suprà*, n° 300 et suiv.

(2) N° 606 à 611.

(3) N° 398 et suiv.

(4) N° 608.

deur qui obtient la conversion de faire prononcer contre le demandeur lui-même la déchéance de l'art. 299, si celui-ci s'est rendu, depuis la séparation de corps, coupable de faits pouvant entraîner le divorce; l'intérêt des héritiers du défendeur à intenter cette action ne serait alors pas contestable; mais c'est encore là un système que nous nous proposons de combattre énergiquement.

61.— L'intérêt des héritiers du demandeur à demander la conversion est beaucoup plus certain; car si l'on décide, avec les auteurs dont nous avons rappelé et dont nous apprécierons la doctrine, que l'article 299 ne s'applique pas à la séparation de corps, la conversion seule pourra y donner lieu.

Ajoutons que si le demandeur est mort sans héritiers, son conjoint séparé lui a succédé; l'État aurait intérêt à faire prononcer le divorce pour bénéficier de la disposition de l'article 768 et faire écarter le conjoint de la succession (art. 767).

62.— Cet intérêt à demander la conversion ne suffit pas pour en conférer le droit; et nous ne croyons pas qu'on ait jamais songé à permettre aux héritiers de demander cette conversion.

Le but de la conversion est d'obtenir le divorce; or le divorce est un mode de dissolution du mariage et il ne peut être question de dissoudre une union déjà éteinte par la mort.

63.— Cet argument suffirait à lui seul pour écarter l'opinion contraire; ajoutons que les principes et les textes sont d'accord pour la rejeter.

C'est aux époux seulement que l'article 310 permet de demander la conversion, et ceci indique que, lors-

que les époux n'existent plus, personne ne peut exercer l'action (1).

Remarquons enfin que l'action en conversion, comme les actions en séparation de corps et en divorce, fait partie de ce groupe d'actions qui, étant fondées sur un motif strictement personnel, ne se conçoivent pas exercées par d'autres que celui auquel elles sont accordées, ne peuvent pas reposer sur la volonté d'autrui : l'héritier n'a pas plus le droit de divorcer ou de demander la séparation de corps au nom de son auteur qu'il ne pourrait reconnaître l'enfant naturel de celui-ci ou tester pour lui.

63 bis. — La question présentée sous cette forme n'est donc pas douteuse, mais elle se pose également sous une face où de graves controverses se sont élevées : les héritiers peuvent-ils continuer l'action en conversion commencée par leur auteur? ou, au contraire, cette action s'éteint-elle avec le décès?

64. — Outre les intérêts que nous avons signalés plus haut, il en existe un autre : des frais ont été faits certainement pour commencer l'instance; ces frais ont été avancés par chacune des parties en ce qui la concernait; or, on admet unanimement, — nous nous réservons de discuter plus tard cette doctrine (2), — que les frais de la demande en conversion sont toujours à la charge de l'ancien défendeur en séparation, que celui-ci soit demandeur ou défendeur en conversion. Mais encore faut-il, pour que l'ancien défendeur soit tenu de rembourser les frais faits par l'ancien demandeur, qu'un jugement

(1) Saint-Marc, n° 9.

(2) V. nos 483 et suiv.

l'y condamne. Si le demandeur est mort avant que ce jugement ait été rendu, ses héritiers pourront-ils obtenir une décision relative aux frais ?

65. — On conçoit parfaitement que les héritiers, tout en ne pouvant intenter certaines actions, aient au moins le droit de les continuer; c'est ainsi que beaucoup d'auteurs (1) permettent aux héritiers de la femme de continuer l'action en séparation de biens, qu'ils ne peuvent pas intenter.

La jurisprudence décidait pourtant que l'héritier ne pouvait continuer l'action en séparation de corps commencée par le défunt, attendu que la séparation ne peut intervenir que s'il existe un lien à dégager; et ce motif s'applique pleinement au divorce et à la conversion.

66. — La Cour de cassation allait encore plus loin; elle n'admettait pas l'héritier à intenter une action spéciale pour le règlement des intérêts pécuniaires; elle ne le lui permettait même pas, lorsque des conclusions spéciales avaient été déposées par leur auteur : par exemple, si le demandeur en séparation de corps avait demandé spécialement l'application de l'art. 299, ses héritiers ne pouvaient pas plus continuer à produire cette dernière prétention que la première (2). Cette jurisprudence, qui avait été suivie par la majorité des auteurs (3), avait

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., § 516, note 2, t. V, page 388; — Laurent, *Principes*, t. XXII, n° 200; — Colmet de Santerre, t. VI, n° 93; — Guilleloup, *Contrat de mariage*, t. III, n° 4100; — Marcadé, t. VI, sur l'art. 1446, n° 2; — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. III, n° 2117; — *Contra*, Bastia, 7 juillet 1869, D. 72, 1, 260, sous Cass.

(2) Req. 5 fév. 1854, S. 54, 4, 81; — Metz, 30 août 1864, S. 64, 2, 204; — Req. 29 décembre 1873, S. 74, 4, 289.

(3) Marcadé, II, sur l'art. 307, n° 5; — Demolombe, *Mariage*, t. II, 429 à 434; — Aubry et Rau, 4^e édit., § 492, note 3, t. V, p. 481; — Laurent, 3, 350.

rencontré pourtant quelques adversaires (1); mais elle reposait à notre avis sur une exacte application des principes : la demande s'éteignant pour le principal devait également s'éteindre pour l'accessoire.

67. — Les rédacteurs de la loi de 1886 ont voulu trancher les controverses et en même temps adopter l'opinion de la jurisprudence.

L'art. 244, § 3, introduit dans le Code civil par cette loi, est ainsi conçu : « L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le divorce soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. »

68. — Si l'on consultait uniquement les termes de cet article, il en résulterait seulement — et cela est toujours évident — que les héritiers ne peuvent continuer l'action en divorce ou en conversion; mais le texte ne semble pas trancher la controverse antérieure sur le point de savoir si les héritiers ont le droit de faire juger la question pécuniaire.

Toutefois, les explications de l'exposé de motifs sont conçues en termes trop formels pour qu'un doute puisse exister sur ce point (2). Une question délicate s'est présentée : quelle pouvait être la conséquence, sur le sort d'une instance en divorce, du décès du demandeur ou du défendeur? Quelles distinctions pouvaient être faites? L'action en divorce est-elle si étroitement attachée à la personne des époux, qu'elle ne puisse être suivie par

(1) Zachariæ, *Code civil*, § 492, note 2.

(2) Carpentier, *Divorce*, nos 73, 332, et *Loi de 1886*, n° 25; — Baudry-Lacantinerie, *Divorce*, n° 30; — Goirand, *Divorce*, page 38; — Frémont, *Divorce*, nos 180 et suiv.; — Depeiges, *Procédure du divorce*, nos 22 et 38.

les héritiers de l'un d'eux, si un décès survient en cours d'instance? Cette opinion a prévalu. Pour les héritiers, il s'agit uniquement d'intérêts pécuniaires qui assurément peuvent être fort respectables, fort importants. Mais suffisent-ils pour qu'on permette l'exercice d'une action, qui, dans la plupart des cas, entraîne de fâcheux débats (1)?

69. — Nous croyons même que ces motifs sont trop généraux pour qu'on puisse admettre une exception en ce qui concerne les dépens; quelques auteurs (2) avaient sur ce point refusé de suivre la jurisprudence (3) en se fondant sur ce que les dépens doivent nécessairement être liquidés, et que la décision du tribunal ne touchait pas aux débats irritants de la séparation de corps, du divorce ou de la conversion.

Une telle doctrine ne nous paraît pas pouvoir se reproduire aujourd'hui; elle était d'ailleurs en désaccord avec une idée que nous avons exprimée plus haut : quand une instance est éteinte, rien ne doit en subsister. On admet sans controverse que si une instance est périmée, un débat ne peut pas s'engager au sujet de la répartition des dépens de cette instance; pourquoi en serait-il autrement de tout autre cas d'extinction?

La situation des héritiers est sans doute fâcheuse; mais vaudrait-il mieux continuer des débats qui, quoi qu'on en dise, soulèveraient les mêmes questions que la demande principale elle-même? Et les héritiers ne

(1) *Exposé des motifs*, de M. Henri Brisson (Rousseau et Laïsney, *Documents sur loi de 1886*, p. 15).

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(3) Civ. 27 juillet 1871, S. 71, 2, 299; — Caen, 3 mai 1864, S. 64, 2, 224; — Laurent, 3, 350; — Boulanger, S. 71, 2, 299.

succèdent-ils pas d'ailleurs à une foule de dettes résultant de ce que le défunt n'a pas pu terminer des affaires commencées?

70. — Une dernière question nous resterait à résoudre; elle est relative à l'art. 957.

Cet article permet aux héritiers du donateur d'exercer l'action en révocation de la disposition pour cause d'ingratitude.

D'un autre côté, on admet souvent (1) que l'époux offensé peut, malgré les termes de l'art. 959, demander la révocation pour cause d'ingratitude des donations qu'il a faites à son conjoint, sans être obligé de recourir au divorce, d'où résulterait la révocation de plein droit (art. 299).

Ceci dit, on peut se demander si les héritiers qui ne peuvent user de l'art. 299 peuvent au moins intenter l'action basée sur l'art. 957.

La question se pose avec tout son intérêt si l'époux meurt pendant l'instance en divorce.

Elle se pose également pour la séparation de corps, si on admet que l'art. 299 se serait appliqué au cas où l'époux aurait vécu assez pour obtenir la séparation, c'est-à-dire si on étend l'art. 299 à la séparation de corps.

71. — Elle ne se pose pour la conversion que si l'on admet l'opinion contraire, c'est-à-dire si on décide que la séparation de corps n'a pas eu pour effet de révoquer les donations; il est certain alors que la conversion

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VII, § 78, notes 41 et 42, page 446; — Demolombe, *Donations*, t. IV, n^o 528; — Marcadé, t. III, sur l'art. 959, n^o 3; — Laurent, t. XIII, n^o 21; — Civ. 17 fév. 1873, S. 73, 1, 52, et nombreux arrêts antérieurs.

les révoquerait; il est certain aussi que les héritiers ne peuvent, pour la révoquer, continuer l'instance; mais peuvent-ils user de l'art. 957?

Nous ne nous étendrons pas longuement sur la question; car nous nous proposons de soutenir plus tard que les donations se sont déjà trouvées révoquées par le jugement de séparation de corps (1).

Si nous admettions l'opinion opposée, nous concluons, malgré un arrêt de la Cour de cassation contraire (2), que les héritiers peuvent user de l'action de l'article 957; car cette action leur est accordée par ce seul fait que le défunt n'a pas pardonné, et qu'un an ne s'est pas écoulé depuis le jour où il a connu les faits d'ingratitude (3).

72. — Cette dernière observation nous fait voir la rareté de l'application de l'article 957 en matière de conversion. Trois ans au moins, nous le verrons, doivent s'écouler de la séparation à la demande en conversion; or, les faits sur lesquels repose la séparation constituant l'ingratitude dont parle l'art. 957, le délai d'un an, exigé par cet article, sera expiré depuis longtemps.

Il faut supposer, pour rencontrer une application de l'article 957, qu'il n'existait lors de la séparation aucun fait d'ingratitude, et que des faits de ce genre se sont produits depuis : la séparation, par exemple, a été prononcée à la suite d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, et plus tard il a été commis un adultère ou une injure grave.

(1) V. nos 300 et suiv.

(2) Req. 29 déc. 1873 précité.

(3) Lyon-Caen, *Observations*, S. 74, 4, 287.

73. — Si la mort du demandeur en conversion fait cesser l'instance, il en est nécessairement ainsi de la mort du défendeur en conversion, peu importe que ce défendeur soit le demandeur ou le défendeur originaire en séparation. Nous dirons ici encore qu'il ne peut être question de dissoudre un mariage dissous et que d'ailleurs les actions de ce genre sont absolument personnelles.

74. — Si l'un des époux ne meurt qu'après la fin de l'instance, il est certain que ses héritiers pourront faire exécuter le jugement, et réciproquement que ce jugement produira contre eux tous ses effets.

De là l'importance de la question suivante : à quel moment l'instance en conversion doit-elle être considérée comme terminée ?

75. — Le Code civil et la loi de 1884 ne considéraient le divorce, qu'il fût demandé immédiatement ou à la suite d'une instance en conversion, comme définitif, qu'après qu'il avait été prononcé par l'officier de l'état civil, sur la réquisition du demandeur et en présence du défendeur ou lui dûment appelé. Si donc l'un des époux mourait avant cette prononciation, le divorce était non avenue ; et, en outre, en vertu de la théorie que nous avons développée, les héritiers ne pouvaient se prévaloir des conséquences pécuniaires du divorce.

Il est vrai que les motifs ne s'appliquaient plus ; on ne pouvait pas dire qu'il s'agissait de continuer une action personnelle, puisque l'époux avait suivi cette action jusqu'au bout ; on ne pouvait pas non plus invoquer l'intérêt qu'il y avait à ne pas rouvrir des débats irritants, puisque ces débats étaient entièrement termi-

nés. Aussi devait-on fonder cette solution, aussi logique que peu équitable, uniquement sur l'idée que la proclamation du divorce faisait partie de l'instance.

Il est probable que ces objections s'étaient présentées à l'esprit des auteurs de la loi de 1886; d'un autre côté, cette loi ordonne que le divorce soit prononcé par le juge et réduit l'officier de l'état civil à l'obligation de transcrire sur son registre le dispositif du jugement. Il y avait là un nouveau motif pour permettre à l'héritier de se prévaloir des conséquences du divorce à partir du jugement.

Aussi le projet permettait à l'héritier de faire la transcription et par suite de se prévaloir du jugement obtenu par son auteur (1).

Mais cette rédaction a été modifiée, et l'article 244, § 3, que nous avons transcrit plus haut, prouve par ses termes mêmes que si l'époux meurt avant la transcription, le divorce est non avenu, et par suite que tous ses effets tombent avec lui (2).

76. — Cette solution a un avantage, c'est d'éviter les controverses qui auraient pu s'élever dans certaines hypothèses spéciales : supposons que le jugement de conversion ait été prononcé; le défendeur en conversion meurt pendant les délais d'appel, ou après avoir interjeté appel, ou même pendant l'instance d'appel; le jugement devait-il être considéré, au point de vue des questions que nous examinons, comme définitif? Ce sont là de graves problèmes qu'il eût été bien difficile de

(1) V. Brisson, *Exposé des motifs*; — Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, page 16.

(2) V., au surplus, *infra*, nos 432 et 440, et les autorités qui y sont citées.

résoudre. On peut également supposer le décès d'un époux dans le délai du pourvoi en cassation ou pendant l'instance en cassation; la question est évitée par l'article 244.

La solution de l'article 244, § 3, se justifie donc par des motifs d'utilité pratique, s'il est difficile, comme les développements précédents l'indiquent, de lui assigner un fondement rationnel.

SECTION II

De la capacité requise pour intenter l'action en conversion.

77.— Les développements dans lesquels nous allons entrer peuvent être considérés comme communs à la séparation de corps, à la conversion et au divorce; ces trois actions, nous l'avons fait observer à plusieurs reprises dans la section précédente, ont un but analogue : elles s'attaquent toutes trois au mariage. Il suit que les conditions de capacité doivent être les mêmes. Si donc nous rencontrons un texte quelconque ayant trait à la capacité exigée pour l'une de ces trois actions, nous l'étendrons aux deux autres.

78. — On pourrait élever contre cette doctrine une objection en ce qui concerne les textes relatifs à la séparation de corps : un article de loi, dirait-on, qui s'occupe de la capacité en matière de séparation de corps, ne doit pas être étendu à la conversion ou au divorce ; car ces deux dernières actions ont un résultat beaucoup plus grave que la séparation. Tout ce qui résulte de ces textes c'est que la capacité qu'ils édictent est un minimum, mais il se peut qu'on soit forcé d'aller plus loin pour les deux autres actions.

Un tel raisonnement ne serait que spécieux ; car s'il est vrai que la séparation de corps porte au mariage une atteinte moins grande que le divorce ou la conversion, le caractère de ces trois actions n'en est pas moins le même. Toutes trois portent sur un intérêt purement moral, toutes trois ont pour effet de faire cesser les inconvénients résultant d'un mariage mal assorti ; le motif pour lequel telle ou telle personne sera considérée comme incapable sera donc toujours le même : la loi se fondera, ou bien sur l'idée que l'époux n'est pas en état de peser mûrement les conséquences de l'action, ou bien sur une déchéance subie.

79. — Une autre règle, commune à toutes les hypothèses que nous passerons en revue, c'est qu'aucune distinction n'est à établir entre la demande et la défense.

De droit commun, certains incapables sont entourés d'une protection beaucoup plus grande pour la demande que pour la défense ; et ceci se comprend aisément : le demandeur est libre d'agir, le défendeur subit l'action ; de là résulte que la défense ne doit pas être entravée légèrement et qu'au contraire la demande ne sera permise que si les apparences, sérieusement méditées par les autorités compétentes, font présumer qu'elle est fondée.

Ainsi, l'article 464 exige que le tuteur du mineur ou de l'interdit judiciaire, pour intenter une action relative aux droits immobiliers, se munisse de l'autorisation du conseil de famille ; et cette autorisation est inutile quand il s'agit simplement de défendre à des droits de même nature ; l'article 465 établit une distinction du même genre pour le partage (1).

(1) Aubry et Rau, 4^e éd., § 414, note 4, t. I, p. 463 ; — Demolombe, *Minorité*, t. I, nos 680 et 710.

80. — Nous devons reconnaître qu'il en est autrement de la femme mariée : les termes généraux de l'article 213 interdisent toute distinction sur ce point (1).

Quoi qu'il en soit, la demande et la défense doivent être soumises aux mêmes règles dans l'action que nous étudions ; si tel incapable ne peut intenter cette action, c'est, nous l'avons dit, que la loi ne le croira pas dans un état suffisamment développé pour suivre cette instance ou qu'elle voudra lui faire subir une déchéance ; or ces motifs, lorsqu'ils existeront, pourront être invoqués aussi bien pour la défense que pour la demande.

81. — Cette observation faite, nous allons étudier successivement la situation de tous les incapables, c'est-à-dire de la femme, du mineur, de l'interdit judiciaire, de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire et de l'interdit légalement. Nous dirons également un mot de l'absent qui se trouve plutôt dans un état d'impossibilité que d'incapacité.

§ 1. — FEMME.

82. — La femme ne peut jamais agir en justice sans l'autorisation de son mari (art. 213) ; à défaut du mari, l'autorisation est accordée par la justice (art. 218, 219, 221, 222, 224).

Quoique la loi n'apporte à la généralité de cette règle qu'une seule exception relative à la poursuite du délit (art 216), les interprètes en ont admis d'autres ; sans discuter le mérite de ces diverses dérogations (2), nous

(1) Aubry et Rau, 4^e éd., § 472, note 9, t. V, p. 139 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n^o 423.

(2) Beaucoup d'auteurs soutiennent que la femme demanderesse en

dirons que l'une d'elle nous paraît certaine ; c'est celle qui concerne les actions en séparation de corps et en divorce, ajoutons l'action en conversion.

85. — L'art. 238, § 4, du Code civil (loi du 18 avril 1886) décide que la seconde ordonnance du président autorise d'elle-même la femme « à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont la suite ».

Cette disposition constitue une grave innovation. Le Code civil ne contenait aucun article sur la question ; l'article 878 du Code de procédure obligeait bien le président à « autoriser la femme à procéder sur la demande » en matière de séparation de corps ; mais cette autorisation n'avait pas lieu de plein droit.

On concluait néanmoins de ce texte que la femme pouvait, sans autorisation, se présenter devant le président (1).

La question ne nous paraît plus aujourd'hui douteuse : l'autorisation, si on l'exige, ne sera nécessaire que jusqu'à l'ordonnance du président. Or, jusque-là, la procédure est à peine entamée ; les frais sont insignifiants et aucun inconvénient ne peut résulter du défaut d'autorisation. D'un autre côté, si nous supposons la femme

interdiction contre le mari peut agir sans être autorisée. *Voy.* notamment Aubry et Rau, 4^e édit., § 472, note 46, t. V, p. 441. — *Contra* : Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 126 ; — Laurent, t. III, n° 108.

On a soutenu également que la femme peut figurer seule dans l'action en nullité du mariage. V. Labbé, 578, 4, 493. — *Contra* : Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 101 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 127 ; — Lyon, 4 avril 1867, S. 67, 2, 290 ; — Cass. civ., 18 mars 1877, S. 78, 4, 493.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 441, note 45 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 133.

défenderesse, l'action intentée par le mari implique nécessairement l'autorisation d'y répondre; si elle est demanderesse, il est à craindre que le mari ne refuse cette autorisation; il faudrait donc demander au tribunal le droit de procéder, ce qui occasionnerait à la fois des frais et du retard.

Nous croyons donc que la femme peut figurer sans autorisation dans l'instance en divorce ou en séparation de corps (art. 307 nouveau), et nous étendons sans hésitation cette procédure à la conversion; nous démontrons en effet, lorsque le moment en sera venu, que la procédure du divorce s'applique, en général, à la conversion (1).

84. — Remarquons une autre règle contenue dans le même article de la loi de 1886, mais qui n'a aucune portée en matière de conversion (2) : la femme peut figurer sans autorisation dans toutes les opérations qui sont la suite du divorce : il allait de soi que la femme n'étant plus mariée n'avait besoin d'aucune autorisation.

Quoi qu'il en soit, la femme est, en matière de conversion, dès le début de l'instance, libre d'agir seule (3).

(1) V. nos 234 et suiv.

(2) Cette innovation nous paraît être le résultat d'une singulière inadvertance : la femme qui a divorcé n'a pas besoin d'un texte de loi pour se dispenser de demander une autorisation quelconque à son ex-mari; la fin de l'article 238, § 4, n'aurait été à sa place que dans la matière de la séparation de corps.

(3) Le projet de loi adopté par le Sénat le 29 janvier 1887 (n° 587, note) rend, pour le cas où elle supprime l'incapacité de la femme séparée de corps, inutile l'autorisation du mari pour intenter l'action en conversion.

§ 2. — MINEUR.

85. — La capacité du mineur dans les actes qui concernent l'état est très discutée. Il est difficile de savoir s'il faut appliquer les règles de la tutelle à ces hypothèses.

86. — On admet généralement que le mineur peut reconnaître un enfant naturel (1); mais la jurisprudence veut, pour l'action en désaveu, que l'instance soit introduite et suivie par le tuteur sans pourtant exiger l'autorisation du conseil de famille (2).

La loi règle la capacité de mineur en matière de mariage : l'homme peut se marier à dix-huit ans, la femme à quinze ans (art. 144), à condition qu'ils soient tous deux munis des autorisations nécessaires (art. 148 et suiv.).

87. — Aucune distinction n'a été proposée, sur ces divers points, entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé (3).

88. — Il n'y a pas davantage de distinction à faire à propos de l'action en conversion. Le mineur a été émancipé de plein droit par le mariage (art. 476), et cette émancipation, que la dissolution de l'union conjugale ne fait pas disparaître, survit à plus forte raison à la séparation de corps; le mineur est donc forcément émancipé lors de la demande en conversion.

(1) Demolombe, *Paternité et filiation*, nos 387 et 388; — Aubry et Rau, 4^e édit. t. VI, § 568, note 5, p. 457; — Vallette, *Cours de Code civil*, p. 438; — Req., 4 novembre 1835, S. 35, 1, 785.

(2) Grenoble, 5 décembre 1883, S. 84, 2, 73; — V. cp. Laurent, *Principes*, t. V, n° 82; — Massigli, *Revue critique*, 1885, p. 210.

(3) Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.*

89. — On a cependant prétendu (1) que l'assistance du curateur est nécessaire pour suivre une action en séparation de corps ; et cette opinion, qui se fonde sur l'article 482, serait applicable, par identité de motifs, à la conversion.

Mais il est facile de répondre que l'article 482 ne parle que des actions immobilières, et que d'ailleurs l'assistance d'un curateur serait plus nuisible qu'utile : le curateur est un auxiliaire donné pour l'administration des biens ; il n'est donc choisi qu'en raison de ses qualités de bon père de famille (au sens où l'entend l'art. 601) ; or ce ne sont pas des qualités de ce genre qui seraient utiles en la circonstance.

D'un autre côté, nous citons à l'instant l'art. 238, § 4, duquel il résulte que la seconde ordonnance du président vaudra autorisation pour la femme. Or, cet article ne fait aucune distinction entre la femme majeure et la femme mineure ; il faut en conclure que pour celle-ci aussi l'autorisation est inutile.

Si en est ainsi pour la femme, il ne saurait en être autrement du mari ; comment pourrait-on dispenser la première de toute autorisation et en exiger une pour le second ? Si la femme mineure est, aux yeux du législateur, capable de suivre une action en conversion, il ne peut qu'en être de même du mari mineur.

90. — Ajoutons que cette solution ne présente aucun inconvénient pratique : le mineur parvenu à l'âge du mariage est apte à comprendre la nature et les conséquences de toute action destinée à porter atteinte à son union. D'un autre côté, la comparution

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 405.

devant le président, dont le rôle de conciliation est nettement déterminé par la loi(1), est une sûre garantie que le divorce ne sera pas demandé ou accepté trop légèrement (2).

91. — Nous ferons remarquer en terminant que la question que nous venons de traiter se présentera bien rarement en matière de conversion. La conversion ne peut avoir lieu que trois ans après la séparation de corps; la séparation elle-même, en admettant qu'elle soit demandée dès le lendemain du mariage, n'a pu être prononcée, en raison des lenteurs de la procédure, que quelques mois après. Il sera donc bien rare qu'au moment de la demande en conversion l'époux mineur ne soit pas parvenu à la majorité.

Le cas est même presque impossible à rencontrer pour le mari qui, sauf dispense, n'a pu se marier qu'à dix-huit ans, et qui par conséquent a nécessairement atteint l'âge de vingt et un ans au moment de la demande en conversion.

§ 3. — INTERDIT JUDICIAIRE.

92. — Il est peu de questions dans le Code civil qui aient donné lieu à autant de controverses que celle de la capacité de l'interdit vis-à-vis de ce qu'on peut appeler les actes moraux, c'est-à-dire des actes qui intéressent sa personne et non pas son patrimoine.

95. — On est d'accord aujourd'hui pour admettre que l'article 509, qui assimile l'interdit au mineur, n'a au-

(1) V. n° 298, *infra*.

(2) Aubry et Rau, § 472, note 15, *in fine*, t. V, p. 141; — Carpentier, n° 68; — Poulle, p. 133.

cune application en dehors de l'organisation de la tutelle et de la gestion du patrimoine (1). Il serait d'ailleurs impossible de fixer la situation de l'interdit d'après celle du mineur, au point de vue des actes moraux : par exemple, le mineur est au point de vue du mariage considéré comme majeur à partir d'un certain âge ; était-il possible de faire pour l'interdit une distinction de ce genre ?

Aussi des discussions sans nombre se sont produites sur cette question, comme il arrive chaque fois que la loi ne donne aucun élément de solution. Les uns ne veulent pas que l'interdit ni personne en son nom puisse faire des actes de ce genre ; d'autres assimilent au contraire l'interdit au majeur ; certains font agir le tuteur, quelques uns avec l'autorisation du conseil de famille ; d'autres établissent des distinctions plus ou moins arbitraires et sur la nature desquelles on n'est pas encore parvenu à s'entendre.

94. — Sans étudier la question d'une manière générale, et notamment dans son application la plus discutée, celle qui est relative au mariage (2), voyons quelle solution les principes doivent nous dicter en matière de conversion, et, pour élargir la question, en matière de séparation de corps et de divorce.

L'interdit, cela est pour nous incontestable, ne peut pas figurer seul dans une instance en séparation de corps, en conversion ou en divorce, et ceci même si on

(1) V. Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, § 427, note 4, p. 523 ; t. VI, § 568, note f, p. 459 ; — Demolombe, *Minorité*, t. II, nos 627 et suiv., etc., etc.

(2) V. Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 464, note 1, et suiv. p. 490 ; — Laurent, t. II, n^o 283 ; — Demolombe, *Mariage*, t. I, n^o 427 ; — Valette, *Explication sommaire*, p. 363, et *Cours*, p. 214.

l'assimile à un majeur pour ce qui a trait à ses intérêts personnels.

95. — Quel est en effet le sens de cette dernière opinion ? C'est que l'interdit a dans ses moments lucides, dans les moments où il est capable de consentir, la faculté d'accomplir ce que nous appelons les actes moraux.

Mais cette assimilation, très naturelle peut-être pour les actes qui s'accomplissent *uno tractatu temporis*, ne se conçoit aucunement vis-à-vis d'un procès. Un procès est long ; si l'interdit y figure lui-même, il faudra suspendre la marche de l'instance à chaque retour de folie ; il suffit de poser une telle conséquence pour faire rejeter le principe. Une instance ne doit pas se prolonger durant des années et le conjoint qui a hâte d'en connaître l'issue ne peut être mis à la merci d'un retour de folie.

Si l'interdit ne peut figurer seul au procès, il n'y figurera pas davantage avec une assistance quelconque. Car il faudrait ici encore admettre la suspension pendant les intervalles de folie.

96. — En concluerons-nous que le mariage d'un interdit ne sera jamais dissous par le divorce ou modifié par la séparation ? On l'a soutenu (1) ; mais nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte.

Qu'on prétende que l'interdit ne peut se marier, nous n'y voyons rien de déraisonnable : il est possible de trouver des motifs sérieux de le décider. Mais nous défions

(1) M. Carpentier (*Du Divorce*, n° 70), qui permet au tuteur d'intenter l'action en séparation de corps, lui dénie le droit de demander le divorce et sans doute aussi la conversion ; le raisonnement qui précède (n° 95) montre qu'une telle distinction n'est pas admissible. — V. aussi *suprà*, n° 78.

qu'on nous indique une seule bonne raison en faveur du maintien d'un mariage malheureux. L'interdit qui a besoin de plus de soins et de ménagements qu'un homme jouissant de toute sa raison sera forcé de subir la continuation de son mariage avec un conjoint indigne ! L'époux qui aura à se plaindre de son conjoint sera arrêté dans son action en divorce par la folie subite de celui-ci !

Il faut donc nous résoudre au dernier parti possible et faire représenter l'interdit par son tuteur (1). Reste à savoir si le tuteur devra se munir de l'autorisation du conseil de famille.

Nous le croyons, parce que le tuteur n'a, d'après une opinion que nous n'avons pas le loisir d'établir, mais que nous croyons exacte (2), le droit d'agir sans cette autorisation qu'au cas où il s'agit d'un acte d'administration.

97. — Ce qui nous dispense d'insister sur cette doctrine, c'est qu'elle nous paraît consacrée par la loi du 18 avril 1886.

Le projet présenté par le Gouvernement se conformait à la jurisprudence (3), en permettant au tuteur d'exercer seul l'action en divorce et par suite en conversion.

Cet article, que la commission du Sénat s'était approprié, a, par une sorte d'escamotage qu'il est diffi-

(1) Cass. belge, 11 nov. 1869 ; D. 70, t. I, et note De Cazalens ; — Poulle, p. 436 ; — Frémont, p. 401. — *Contrà* ; Laurent, III, p. 339.

(2) Cpr. Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, § 113, note 1, p. 446 ; — Demolombe, *Minorité*, t. I, n° 529.

(3) Brisson, *Exposé des motifs* ; — Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 12.

cile d'expliquer, mais qui certainement n'est pas intentionnel, disparu de la rédaction définitive.

En revanche, la même loi a ajouté à l'article 307 un paragraphe 2 ainsi conçu :

« Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance en cas de séparation. »

Nous avons déjà prouvé que les textes relatifs à la capacité en matière de séparation de corps s'appliquent soit au divorce, soit plus spécialement à la conversion. Cette observation, jointe à la remarque que la disparition de l'article du projet n'équivaut pas à un rejet, constituera toute notre démonstration (1).

98. — Ajoutons toutefois que cette solution législative introduit une discordance dans la procédure du divorce qui, nous le verrons (2), s'applique à la conversion; la comparution personnelle des parties, ou tout au moins du demandeur, est obligatoire, et nous en dirons les raisons qui sont faciles à saisir. La loi, sans paraître s'en douter, met ici ce principe en échec.

Aussi, croyons-nous que sa décision, que nous avons établie au double point de vue des principes et des textes, n'est pas législativement la meilleure; peut-être aurait-il mieux valu exiger que la requête fût au moins présentée par l'interdit, c'est-à-dire que l'instance fût commencée dans un intervalle lucide. Il est vrai que cette solution nous conduit à rendre le divorce impos-

(1) *Contra*: Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 27; — Carpentier, *Loi de 1886*, nos 27 et 190.

(2) Nos 234 et suiv.

sible lorsqu'aucun intervalle lucide ne se produit; mais nous ne voyons aucun inconvénient à ce que l'interdit ne puisse pas divorcer sans son consentement.

99. — Quoi qu'il en soit, les mêmes raisons ne s'appliquent pas quand l'interdit est défendeur en conversion; la comparution personnelle du défendeur n'est pas absolument indispensable; à plus forte raison peut-il être représenté. Nous appliquons donc l'article 307, § 2, à la défense aussi bien qu'à la demande (1).

100. — Nous n'étendrons pas le texte comme le font quelques auteurs (2), au subrogé tuteur; le subrogé tuteur a pour rôle unique de contrôler le tuteur; il ne peut agir à sa place et la jurisprudence va tellement loin dans cette voie qu'elle lui défend d'appeler d'un jugement rendu contre le tuteur (3). Or, il s'agirait ici de suppléer ce dernier.

Toutefois, le subrogé tuteur remplace le tuteur en cas d'opposition d'intérêts. Il arrivera fréquemment que la tutelle de l'interdit soit confiée à son conjoint; l'opposition d'intérêts est alors certaine et le subrogé tuteur doit, à notre avis, remplir, dans ce cas, le rôle de tuteur (4).

(1) Paris, 7 avril 1887, art. 1298, p. 202; *France judiciaire* 1887, 2, 220; *Journ. Proc.*

(2) Poulle, p. 137.

(3) Nancy, 17 juillet 1886, D. 87, 2, 39.

(4) Le mari est de plein droit tuteur de sa femme interdite (art. 506, Code civil). Mais cette règle cesse par la séparation de corps. Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, § 426, note 4, p. 519; — Demolombe, *Minorité*, t. II, nos 568 et 569; — Req., 23 nov. 1857, S. 58, 1, 289. Notre observation ne s'applique donc en matière de conversion qu'au cas où le conseil de famille aurait maintenu le mari séparé de corps dans la tutelle (Poiriers, 22 avril 1869, S. 69, 2, 1, 181), et à celui où il aurait donné à la femme séparée de corps la tutelle du mari interdit (art. 507).

§ 4. — INDIVIDU POURVU D'UN CONSEIL JUDICIAIRE.

101. — La loi de 1886 a négligé de parler de l'individu pourvu de conseil; nous croyons qu'il est facile de suppléer à son silence.

On admet généralement que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut soit se marier, soit reconnaître un enfant naturel sans l'assistance de son conseil. Ce n'est pas de ces solutions que nous déduirons la nôtre, puisque l'interdit qui est aussi, au moins d'après l'opinion que nous croyons exacte, capable de se marier et de reconnaître un enfant naturel, n'a certainement pas la capacité de divorcer (1).

Nous pensons, toutefois, que les motifs mêmes qui font décider que l'individu pourvu de conseil peut se marier ou reconnaître un enfant naturel doivent nous conduire à la même solution pour l'action en divorce.

102. — L'individu pourvu de conseil est celui qui, soit à cause d'une certaine faiblesse d'esprit, soit par suite de prodigalités excessives, a été jugé incapable de gérer son patrimoine; mais il ne résulte pas de cette situation que cet individu soit absolument hors d'état de se conduire; et la preuve, c'est que pour son patrimoine même, c'est lui qui accomplit tous les actes de gestion; seulement il les fait avec l'assistance de son conseil (2).

D'un autre côté, ce conseil n'est donné que pour les

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, § 140, note 22, p. 373; — Demolombe, *Mariage*, t. I, n^o 21.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 23, et t. VI, § 568, note 9, p. 459; — Demolombe, *Paternité et filiation*, n^o 388; — Caen, 26 avril 1886, S. 87, 2, 425; — Cpr Laurent, t. IV, n^o 37.

biens ; il faut en conclure qu'il n'a aucun droit sur la personne ; et par conséquent, à moins de refuser le divorce à l'individu pourvu de conseil, il faut lui permettre de suivre seul l'instance (1). En vain nous objecte-t-on que la loi lui interdit de plaider, c'est-à-dire d'introduire en justice une action quelconque, sans l'assistance de son conseil. Cette règle est le complément de celles qui figurent dans les articles 499 à 503 et qui, toutes, ont pour but d'empêcher le prodigue ou le faible d'esprit de compromettre son patrimoine.

103. — Rappelons d'ailleurs que nous avons admis cette solution pour le mineur émancipé ; or, une analogie frappante peut se remarquer entre le mineur émancipé et l'individu pourvu de conseil ; nous savons qu'il existe entre leurs capacités respectives certaines différences (2) ; mais ces différences n'empêchent pas une incontestable ressemblance : tous deux se trouvent à mi-chemin entre le développement complet de l'intelligence et l'incapacité absolue ; tous deux agissent eux-mêmes ayant besoin de l'assistance d'un tiers appelé à leur fournir un complément de capacité.

104. — Si nous avons à résoudre la question au point de vue législatif, peut-être distinguerions-nous entre les causes qui obligent à donner un conseil judiciaire.

La faiblesse d'esprit se rapproche beaucoup de la

(1) Carpentier, *Divorce*, n° 69 ; — Laurent, t. V, n° 361 ; — *Contra* : Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, p. 140, note 5, p. 170 ; — Demolombe, *Minorité*, t. II, n° 723 ; — Pouille, p. 437 ; — Amiens, 9 juillet 1873 S. 73, 2, 225.

(2) Notamment le mineur émancipé ne peut consentir de baux que dans les limites fixées par l'art. 1430 (art., 718). Il en est autrement de l'individu pourvu de conseil.

folie, qui n'est qu'un état de faiblesse plus absolu; d'un autre côté, celui qui est, par suite de sa faiblesse d'esprit, incapable de gérer un patrimoine, ne peut pas davantage peser la portée des actes moraux qu'il accomplit.

Au contraire, la prodigalité ne peut nuire qu'au patrimoine; elle n'atteint aucunement le développement de l'intelligence.

Nous assimilerions donc le prodigue à l'homme absolument sain (1).

105. — Une trace d'une distinction semblable se trouve dans l'article 499 qui permet au juge saisi d'une demande en interdiction de nommer, contrairement aux règles de la procédure, un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit, alors qu'il ne le peut certainement pas pour prodigalité (2), pas plus qu'il ne peut, lorsqu'il est saisi d'une demande en conseil judiciaire pour prodigalité, en nommer un pour faiblesse d'esprit (3).

§ 5. — INTERDIT LÉGAL.

106. — Nous avons vu que la loi de 1886 s'occupe de l'interdit judiciaire à propos de la séparation de corps et n'en parle pas dans les articles consacrés au divorce; c'est la remarque contraire que nous devons faire ici; le seul texte dans lequel la loi de 1886 règle cette hypothèse est placé parmi les articles relatifs au divorce.

(1) C'est la distinction proposée par M. Laurent (t. IV, n° 37) pour la reconnaissance d'enfant naturel.

(2) *Contra* : Rouen, 18 janv. 1865, S. 65, 2, 350.

(3) Req., 16 mars 1887, D. 87, 1, 2, 41.

Art. 234, § 3 : « En cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit. »

107. — Ce texte, qui sans aucun doute s'applique à la conversion, mérite plusieurs critiques, soit en raison de ses termes, soit au point de vue des idées qu'il exprime.

108. — A quoi bon tout d'abord parler d'interdiction légale *résultant d'une condamnation*? Ne semblerait-il pas que ce texte voulût indiquer qu'il existe une seconde sorte d'interdiction, laquelle ne dérive pas d'une condamnation?

Ce qui est plus étrange encore, c'est le mot *autorisation* employé pour désigner le consentement de l'interdit. Jamais texte de loi n'a employé ce terme si mal à propos. L'*autorisation* a toujours désigné la permission accordée à un incapable de faire un acte concernant ses intérêts (1); or la requête à fin de divorce ne concerne pas les intérêts du tuteur, et en outre il n'est pas incapable; on peut dire simplement qu'il n'a pas les pouvoirs suffisants. L'article 1446 se sert d'une expression bien plus juridique, lorsqu'il permet aux créanciers de la femme de demander la séparation de biens avec le *consentement* de celle-ci.

109. — Abstraction faite de cette critique de forme, l'article 234, § 3, soulève plus d'une question.

Il en résulte bien que le tuteur ne peut agir seul, mais l'interdit peut-il agir lui aussi?

Quoique le texte puisse prêter à la controverse, nous

(1) Cpr. art. 238, 246 et suiv., etc.

ne reconnaissons qu'au tuteur le droit d'agir; l'article 234 revient à dire, en effet, que l'interdit et le tuteur sont obligés de se réunir dans une volonté commune pour que l'action en divorce puisse être intentée. Aucun d'eux ne peut donc agir seul (1).

110. — Autre question : la loi ne parle que de la requête en divorce. Que faut-il décider pour la suite de l'instance? Quelle solution convient-il de donner si l'interdit est défendeur en divorce ou en conversion?

Nous croyons, quant au premier point, que le tuteur qui présente la requête doit aussi remplacer l'interdit dans tout le cours de l'instance. On ne peut imputer l'article 234, § 3, qu'à une déchéance subie par l'interdit, et cette déchéance doit également l'écarter de la suite du procès.

111. — En ce qui concerne le deuxième point, nous n'appliquerons pas l'art. 234, § 3. La défense est de droit naturel; le défendeur ne peut repousser l'instance. Or, si l'on appliquait l'art. 234, § 3, on mettrait l'interdit à la discrétion du tuteur; et on l'obligerait, au cas où celui-ci ne voudrait pas se présenter, à faire défaut, tout en étant présent.

Nous avons pu décider autrement pour l'interdit judiciaire (2), mais la faiblesse d'esprit empêche la demande; l'interdit légalement est au contraire pleinement en mesure de comprendre la portée de ses actes; l'art. 234, § 3, repose sur une déchéance, et cette déchéance doit d'autant moins s'étendre que les motifs sur lesquels elle repose cessent de s'appliquer, ainsi que nous venons de le montrer.

(1) V. *cpr.*, *infra*, n° 112.

(2) *Suprà*, n° 99.

112. — L'article 234, § 3, nous paraît soulever une dernière question : la réquisition de l'interdit oblige-t-elle le tuteur à agir ou le laisse-t-elle libre ?

C'est à la première opinion que nous inclinons : *réquisition* est synonyme d'*ordre*, et il est impossible de se soustraire à un ordre (1).

Nous attendons une grave objection. On nous dira que la disposition de l'art. 234 est, en fait, abrogée : le législateur a voulu écarter l'interdit du débat, et il le dirigera en maître.

115. — Cette idée est exacte au fond, mais elle montre simplement que la loi n'a pas suivi jusqu'au bout les conséquences de son principe. Nous sommes heureux d'ailleurs de pouvoir écarter ainsi indirectement l'application d'une disposition qui nous paraît inique. L'interdit est meilleur juge que qui ce soit de sa situation, les déchéances qu'il a subies ne doivent pas perpétuer un mariage malheureux.

Cela est surtout vrai de la conversion. Supposons que l'interdit ait un tuteur dont les principes religieux soient opposés au divorce ; ce tuteur lui imposerait la continuation de la séparation de corps ; et ce n'est pas une hypothèse d'école ; elle est de nature à se présenter aussi fréquemment dans la pratique que celle de tribunaux refusant la conversion en se basant, comme nous le verrons (2), sur des considérations religieuses. Or s'il est peut-être inexact d'affirmer que le législateur considère le divorce comme préférable à la séparation de

(1) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 48.

(2) V. nos 179, 183, 186.

corps, il est certain qu'il n'a pas entendu perpétuer la séparation contre la volonté des parties (1).

Nous croyons donc que, si le tuteur ne se conforme pas à la réquisition de l'interdit, celui-ci présentera lui-même sa requête qui devra être accueillie.

§ 6. — ABSENT.

114. — Il ne peut être question de l'absence du demandeur en conversion, car la demande en conversion suppose la présence de celui qui l'intente.

115. — Quant à l'absence du défendeur, il nous paraît certain qu'elle n'est pas un obstacle à l'instance, car rien n'empêche le divorce d'être prononcé par défaut; l'article 247, § 1, édicte même une formalité destinée à informer de l'instance le défendeur défaillant.

116. — Un auteur (2) a cependant prétendu que la demande en divorce ne peut être dirigée contre un absent et, plusieurs de ses motifs pouvant s'appliquer à la conversion, il convient d'apprécier cette opinion.

On se base surtout sur la discussion préalable à la loi de 1884, de laquelle il résulte que l'absence n'est pas une cause de divorce (3).

Mais s'il résulte de cette distinction que l'absence à elle seule ne peut motiver un divorce, il n'en découle pas le moins du monde que l'absence soit un obstacle à la dissolution du mariage.

(1) Cpr. Carpentier, *ubi supra*.

(2) Carpentier, *Du divorce*, n° 67. — *Sic* : Trib. Seine, 18 oct. 1886 ; — *Loi du 29 octobre*.

(3) Observations de Naquet (Sénat, séance du 3 juin) et Batbie (séance du 7) précitées.

La jurisprudence permet la prononciation du divorce contre un époux dont l'absence est due à des motifs illicites (1), ou même simplement a lieu sans motifs (2); de même la conversion ne doit pas rencontrer un obstacle dans l'absence.

117. — On ajoute que l'absence met un doute sur l'existence d'un mariage, et que le mariage existant peut seul être dissous.

Cela est vrai; mais l'époux qui demande le divorce est-il forcé de démontrer que le mariage existe encore? Ne suffit-il pas qu'il prouve la célébration du mariage? Et n'est-ce pas à celui qui allègue que le mariage est déjà dissous à en administrer la preuve? On nous accordera bien que l'époux présent n'est pas obligé de regarder son conjoint à la fois comme mort et comme vivant. Or, il n'a certainement pas le droit de le regarder comme mort, puisque l'article 139 lui défend implicitement de se remarier; il doit donc le regarder comme vivant, et par suite il peut demander contre lui le divorce.

118. — On allègue encore que l'article 124 permet seulement la dissolution de la communauté et interdit par là même celle du mariage. Nous ne croyons pas qu'un tel argument vaille la peine qu'on y réponde. L'article 124 parle de la dissolution de la communauté par la volonté unilatérale de l'époux présent; comment en conclure que le mariage ne peut être dissous par l'ordre des tribunaux?

119. — N'insistons pas non plus sur un argument

(1) Paris, 7 avril 1887, *France judiciaire*, 1887, 2, 214.

(2) Seine, 17 janv. 1887, *France judiciaire*, 1887, 2, 310,

tiré des difficultés de procédure. Nous aurons à résoudre des questions bien plus délicates que celle-ci, qui nous paraît très simple : l'époux absent sera assimilé au défaillant (1).

APPENDICE A LA SECTION II

Sanction des incapacités.

120.—La sanction de l'incapacité est en principe la nullité, c'est-à-dire que l'acte irrégulièrement accompli n'est pas valable.

La nullité est en outre relative ; l'incapable seul peut l'invoquer à l'exclusion des autres parties.

121.—Il serait impossible de concevoir une instance frappée de nullité relative ; le respect de la chose jugée doit empêcher que l'un des plaideurs puisse à son gré maintenir ou faire tomber la décision judiciaire.

Ce même motif empêche même la nullité absolue :
Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements.

En conséquence, le jugement qui aura prononcé le divorce malgré l'incapacité de l'une des parties sera valable.

122.—Faut-il en conclure que l'incapacité est dépourvue de sanction ?

Non, car le président et le tribunal, dans les nombreuses phases de l'instance, devront refuser de rendre une ordonnance ou de recevoir les parties à plaider. Il est donc peu probable qu'un incapable puisse obtenir le jugement de conversion ou que ce jugement puisse être rendu contre lui. Dans tous les cas, la Cour

(1) V., dans le sens de notre opinion, Coulon et Faivre, *Manuel du divorce*, 4^e édit., p. 68 ; — Depeigès, *Procédure du divorce*, n^o 41.

d'appel, si elle est à son tour saisie du procès, ne manquera pas de proclamer l'incapacité.

125. — En admettant, par impossible, le contraire, l'incapable trouvera quelquefois une ressource dans le droit commun; l'article 481 du Code de procédure permet au mineur insuffisamment défendu de faire révoquer la décision judiciaire par voie de requête civile; nous verrons que malgré des controverses cette voie de recours s'applique au divorce (1).

(1) Nos 414 et suiv.

CHAPITRE II

Conditions exigées pour la conversion et pouvoirs des tribunaux.

124. — L'article 310 exige trois conditions pour que le divorce succède à la séparation de corps par voie de conversion :

Qu'il y ait eu une séparation judiciaire ;

Que cette séparation dure depuis trois ans ;

Que le tribunal accorde le divorce.

Après les avoir passées en revue, nous dirons quelques mots des autres conditions exigées par le Code civil et que la loi de 1884 a supprimées.

125. — On remarquera que cette énumération ne comprend pas une condition pourtant essentielle, c'est que le mariage ne soit pas dissous. Le texte même de l'art. 310 indique que la conversion ne peut être demandée que pendant le mariage, mais nous avons étudié cette condition dans le chapitre précédent, en nous occupant des droits des héritiers (1).

SECTION I

Première condition. — Séparation.

126. — La conversion suppose nécessairement une séparation de corps qu'il est question de convertir.

(1) Nos 56 et suiv.

Cette séparation de corps doit être accomplie dans les conditions ordinaires. Il faut donc qu'elle ait été prononcée par un jugement; une séparation de fait, si longue qu'elle soit, ne pourrait servir de base à la demande en conversion (1). La loi n'y attache aucun effet, et puisque la séparation de biens, quand elle a lieu sans un jugement, est nulle (1443, § 2), à plus forte raison en est-il ainsi de la séparation de corps. Il faudra donc, dans cette hypothèse, recourir à une demande en divorce proprement dite si l'on se trouve dans les conditions requises pour l'intenter.

127. — A la séparation de fait il faut assimiler la séparation judiciaire devenue sans effet; or il peut en être ainsi, soit par défaut d'exécution, lorsque le jugement a été rendu par défaut, soit pour réconciliation survenue à la suite d'un jugement (2).

Un jugement rendu par défaut n'acquiert force de chose jugée que s'il est exécuté dans les délais déterminés par le Code de procédure. A défaut d'exécution, le jugement de séparation de corps sera donc non avenu et ne pourra servir de base à une demande en conversion; comme ce défaut d'exécution équivaut à une renonciation à l'action, nous croyons même qu'une demande en divorce proprement dite ne pourrait être intentée qu'en raison de faits non appréciés dans la première demande.

128. — Nous en dirons à peu près autant de la réconciliation; la réconciliation, qui empêche l'instance entamée de suivre son cours (art. 234, § 3), doit à plus forte

(1) Poulle, p. 200.

(2) Trib. Seine, 29 août 1884, S. 85, 2, 22; — Poulle, p. 200.

raison faire disparaître la séparation prononcée, puisqu'il est permis de renoncer au bénéfice du jugement.

Une arrêt assez ancien (Paris, 5 avril 1859) a pourtant admis que la réconciliation ne pouvait faire cesser la séparation de corps ; on en conclurait que cette séparation peut encore motiver une demande en conversion.

Cette doctrine prête au législateur une solution contraire à la fois aux principes et à l'équité.

En général, les renonciations à un bénéfice quelconque ne sont pas, sauf textes contraires (1), soumises à des formes obligatoires ; quelquefois même la loi les présume (2).

Notre doctrine est celle qui a été adoptée par la majorité des auteurs (3) ; elle n'est pas douteuse ; l'article 244, § 3 (ancien 272), lui fournit un argument décisif.

Il faut ajouter que l'opinion que nous combattons aboutirait à un singulier résultat : la demande en conversion serait admissible à la suite d'une réconciliation antérieure à l'instance ; elle ne le serait pas si la réconciliation avait lieu pendant l'instance (art. 244, § 3) (4).

129. — Nous n'entreprendrons pas de déterminer dans quel cas il y a réconciliation et de quelle manière elle se prouve ; ce sont là des questions de fait dans le détail desquelles nous n'avons pas le loisir d'entrer

(1) Art. 784, 1457.

(2) Art. 957, 1463.

(3) Aubry et Rau, 5^e édit., V. p. 210, § 496, note 4 ; — Massol, p. 347, note 1 ; — Boissard, *Revue pratique*, t. VIII, p. 344.

(4) Notre opinion est implicitement consacrée par le projet sur la capacité de la femme séparée de corps, voté au Sénat, le 29 janvier 1887 (art. 311, § 4).

et qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement.

Il nous suffira de dire que deux conditions sont indispensables pour qu'il y ait réconciliation ; il faut que l'époux connaisse les faits et qu'il ait manifesté l'intention de pardonner (1).

La réconciliation éteint l'action en conversion et non pas seulement l'instance ; mais il est nécessaire pour cela que le divorce ne soit pas définitif, c'est-à-dire que la transcription ne soit pas opérée (art. 252) ; jusque-là donc la réconciliation produit son effet ordinaire (2).

150. — Avant de terminer l'étude de cette première partie, nous devons indiquer une circonstance où la séparation de corps, même régulièrement obtenue, ne suffit pas pour demander le divorce.

La loi de 1884, modifiant l'art. 295 du Code civil, permet aux époux qui ont divorcé de se réunir à condition de procéder une seconde fois à la célébration du mariage. Il ajoute que ce second mariage ne pourra pas être suivi de divorce.

Cette disposition n'interdit pas la séparation de corps (3) ; seulement nous pensons que cette séparation ne pourra être convertie en divorce, car ce serait un moyen indirect de dissoudre le second mariage par le divorce. Nous nous trouvons donc en présence d'une

(1) Laurent, t. III, p. 279 ; — Demolombe, *Mariage*, II, 405 ; — Carpentier, n° 272 ; — Botton, n° 2, p. 110 ; — Poulle, p. 164 ; — Trib. Seine, 7 avril 1874, D. 76, 1, 465.

(2) Nancy, 14 janv. 1888 ; *Loi* du 22.

(3) Poulle, p. 231 ; — Carpentier, *Du divorce*, n° 317, 395. — V. *suprà*, n° 20 *note*, et 38 *note* ; — *infra*, n° 569.

séparation de corps qui ne peut pas être convertie en divorce.

SECTION II

Deuxième condition. — Délai.

151. — La loi exige, pour que l'*action en conversion puisse être intentée*, que trois ans au moins se soient écoulés depuis la séparation de corps. Cette condition, que le Code civil imposait déjà à l'époux défendeur, a été reproduite pour la loi du 27 juillet 1884.

152. — Malgré les attaques qui ont été dirigées contre cette condition, nous la croyons parfaitement justifiée. C'est déjà, nous l'avons dit, admettre une grave dérogation aux principes, que de permettre la conversion de la séparation de corps en divorce; une telle solution, qui ne serait juridique qu'autant que la séparation serait considérée par essence comme un état provisoire, méconnaît les principes de l'autorité de la chose jugée; des motifs d'équité et d'utilité pratique ont conduit le législateur à admettre la conversion; mais ces motifs mêmes indiquent qu'il ne pouvait être question d'une conversion immédiate.

Le législateur a pensé, avons-nous dit, que le demandeur a obéi à des considérations très graves et qui devaient être encouragées. L'époux innocent a espéré que son conjoint coupable se repentirait de ses débordements et de ses excès et viendrait demander à reprendre la vie commune; ou bien les sentiments religieux du demandeur l'ont empêché de consentir à un divorce qui plus tard lui apparaîtra comme le seul remède à une situation malheureuse.

Mais ce n'est pas immédiatement qu'on est en mesure d'affirmer que le coupable ne se repentira pas ; une expérience de quelques années est nécessaire pour qu'on puisse s'assurer de la continuation ou de l'aggravation de ses torts.

Ce n'est pas immédiatement non plus que les sentiments religieux de l'époux qui a demandé la séparation de corps peuvent disparaître ; ces sortes de sentiments s'atténuent peu à peu ; un changement brusque ne pourrait passer que pour un caprice.

Nous approuvons donc le législateur lorsqu'il oblige le demandeur à attendre un certain temps avant de demander la conversion. Ce délai reconnu obligatoire, il n'était pas nécessaire, il est vrai, de le fixer à trois ans ; on aurait pu songer aussi bien à deux ans ou à quatre ans ; mais ce n'est pas sur ce point qu'une chicane peut être faite au législateur, car toute fixation de délai est nécessairement arbitraire.

155. — En ce qui concerne le défendeur, nous reconnaissons que la nécessité du délai ne se justifie plus aussi bien. Le défendeur a subi la séparation de corps prononcée contre lui ; il n'avait aucun moyen de s'y opposer. Sans doute il aurait pu intenter contre lui une demande reconventionnelle en divorce ; mais cette demande supposait qu'il avait lui-même des griefs à faire valoir contre son conjoint ; et si celui-ci n'était coupable d'aucun tort, la séparation qu'il demandait devait être nécessairement prononcée. Tel est du moins le motif qui, nous l'avons vu (1), a déterminé le législateur à ouvrir au défendeur l'action en conversion.

(1) Nos 38 et suiv.

Pourquoi donc obliger le défendeur à attendre un certain temps, et pourquoi ne pas lui permettre d'intenter immédiatement une demande en conversion ? C'est qu'il aurait été trop scandaleux de voir se renouveler des débats à peine terminés, et d'entendre celui qui a été flétri dans l'instance demander à modifier la situation qu'on lui a imposée. Le demandeur ne peut pas être mis complètement à la merci du défendeur ; les critiques qui ont été dirigées contre le droit accordé au défendeur de demander la conversion montrent que ce droit soulève de sérieuses objections ; il en soulèverait bien d'autres s'il pouvait, plus favorisé que le demandeur, la demander immédiatement.

134. — Cette justification faite, nous étudierons, à propos de cette condition, les questions suivantes :

Comment se calcule le délai de trois ans ?

Y a-t-il un délai maximum aussi bien qu'un délai minimum, en d'autres termes, la faculté de demander la conversion peut-elle se prescrire ?

Dans quelles hypothèses les époux séparés doivent-ils attendre un délai de trois ans pour demander la conversion ?

§ 1. — CALCUL DU DÉLAI.

135. — Il est de règle que dans le calcul d'un délai, le jour où l'événement qui en est le point de départ s'est produit ne doit pas être compté dans le terme (1),

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, § 49, note 15, p. 166 ; — Cass., 20 janv. 1863, S. 63, 1, 44.

et qu'en sens inverse, le jour de l'expiration y est compris (1). *Dies à quo non computatur in termino, dies ad quem in termino.*

Cette règle, qui date du Droit romain, a été appliquée notamment à la prescription soit acquisitive, soit libératoire (2) (art. 2219). On s'y est également conformé pour établir la durée de l'action en désaveu (3).

Il n'existe aucun motif pour refuser d'étendre la même règle au cas de conversion; l'événement qui forme le point de départ et celui qui constitue le point d'arrivée du délai sont donc le premier non compris et le second compté dans le terme.

156. — On ne peut pas, d'ailleurs, aller plus loin, et soutenir que le délai se compte par heures et non par jours. La loi a toujours cherché à éviter ce calcul trop rigoureux qui aurait entraîné beaucoup d'erreurs et de difficultés. C'est ainsi que deux inscriptions prises le même jour viennent en concours entre elles (art. 2134), sans qu'on soit admis à prouver que l'une d'elles a été faite à une heure moins avancée que l'autre; et pourtant, les inscriptions étant faites sur un seul registre, par un même fonctionnaire, cette recherche n'offrirait pas les mêmes difficultés que dans le cas qui nous occupe.

157. — Il nous reste à déterminer le point de départ et le point d'arrivée du délai, c'est-à-dire le jour à partir duquel il faut procéder pour examiner si les trois

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 17, p. 163.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. II, § 212, note 2, p. 327; — Marcadé, t. XII, sur l'art. 2261; — Cass., 3 mai 1854, S. 54, 1, 479; — Laurent, t. XXXII, n° 350.

(3) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, § 545 bis, note 27, p. 49; — Demolombe, *Paternité et filiation*, n° 152.

ans ont commencé, et celui auquel il faut se placer pour savoir s'ils sont expirés.

1. — *Point de départ.*

138. — L'article 310 porte : « lorsque la *séparation de corps* aura duré trois ans. » Le délai courra donc du jour où la séparation de corps aura elle-même commencé.

Or, la séparation de corps commence au moment où le jugement qui l'a prononcé est devenu définitif (1). La rédaction du projet le disait, et les termes de l'article 310 sont trop clairs pour permettre une solution différente.

139. — Il n'est pas difficile de déterminer ce qui rend le jugement définitif : la décision qui a prononcé la séparation de corps pouvait être attaquée soit par l'opposition, si elle a été rendue par défaut, soit, dans tous les cas, par l'appel, la cassation, etc., et — d'après l'opinion générale, — par la requête civile.

Si le jugement a été rendu par défaut, l'exécution à défaut d'opposition (2) fait courir les délais d'appel ; l'opposition rend un second jugement nécessaire, et ce jugement sera soumis aux voies de recours que nous venons d'indiquer.

L'appel est suspensif conformément aux règles générales ; il en est ainsi également du délai d'appel.

(1) Trib. Beauvais, *Gazette du Palais*, 24 et 25 août 1884 ; — Trib. Seine, 31 décembre 1884 ; *Gazette du Palais*, 85, 1, 165 ; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 401, et *Loi* de 1886, n° 497 ; — Vraye et Gode, *Du divorce*, sur l'art. 310, n° 6 ; — Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 124.

(2) Trib. Seine, 29 août 1884, S. 85, 2, 22 ; — Trib. Melun, 13 mai 1885 ; *Gazette des Tribunaux* du 7 juin ; — Paris, 12 août 1885 ; *Gazette du Palais*, 85, 2, 640.

C'est après l'expiration du délai d'appel, ou après la prononciation par la Cour d'appel, que la séparation devient définitive ; ni la requête civile, ni le pourvoi en cassation n'y mettent obstacle.

Il est vrai que le pourvoi en cassation est suspensif en matière de divorce (art. 248, § 7), mais on connaît les motifs qui ont inspiré cette solution législative (1) : si le pourvoi en cassation n'avait pas été suspensif, le mari — car la femme ne pouvant se remarier avant le délai de dix mois (art. 228), notre observation ne s'applique pas à elle — aurait pu contracter un nouveau mariage, aussitôt après la confirmation du jugement de divorce par la Cour d'appel, et la cassation de l'arrêt aurait apporté le trouble dans ce nouveau mariage.

Mais ce motif ne s'applique pas à la séparation de corps qui ne permet pas un nouveau mariage ; on ne pouvait donc pas lui étendre l'article 248, § 7, même en l'absence de l'article 307, § 1, qui ne mentionne que les articles 236 à 244. Nous en concluons que c'est l'expiration du délai d'appel, ou l'arrêt par lequel la Cour d'appel admet la séparation de corps, qui constitue le point de départ du délai de trois ans.

140. — La Cour de cassation ne paraît pas admettre cette doctrine.

Un récent arrêt du 28 novembre 1887 (2) casse, à tort selon nous, un arrêt par lequel la Cour d'Aix (5 mars 1885) avait fixé à la prononciation de la séparation de corps le point de départ du délai, c'est-à-dire sans doute à l'arrêt rendu par le Cour d'appel. La Cour de cassa-

(1) V. *infra*, n° 409.

(2) La Loi du 1^{er} décembre 1887.

tion substitue à ce point de départ le jour où la séparation est devenue définitive, et ce mot signifie, selon elle, que le jugement doit être exécuté; par exemple, si cette exécution est volontaire, par la comparution devant le notaire chargé de la liquidation.

141.— Nous avons quelque peine à comprendre cette solution, à moins qu'elle ne se rapporte (ce que nous ignorons, le texte de l'arrêt n'ayant pas encore été reproduit par les recueils) à un jugement rendu par défaut : certes, l'on peut dire que la séparation de corps, tant que le règlement d'intérêt qui en est la suite n'est pas commencé, peut n'être qu'un jeu et cesser par la réconciliation; mais cette situation change-t-elle après le commencement et même après la fin de la liquidation? La réconciliation ne reste-elle pas possible, et ne fera-t-elle pas, si elle intervient, obstacle, comme nous le verrons, à la demande en conversion?

Nous ne croyons pas qu'un jugement doive être exécuté pour qu'il puisse être considéré comme définitif; nous nous contenterons de l'impossibilité d'user désormais des voies de recours ordinaires; l'exécution montrera bien que la volonté des époux de maintenir la séparation est sérieuse; mais il nous suffit qu'aucune réconciliation ne soit intervenue dans les trois ans qui suivent le jugement. Au surplus, la Chambre civile ne tardera pas à avoir une seconde fois l'occasion de se prononcer sur la question : la Chambre des requêtes a admis, le 12 décembre 1887 (1), un pourvoi contre un arrêt rendu par la Cour de Douai le 15 juin 1887 qui fixait, avec raison, ce semble, le point de départ du

(1) *Gazette des Tribunaux*, 13 décembre.

délai au jour du jugement de séparation ; le pourvoi prétend que le délai ne doit commencer que de la signification.

II. — *Point d'arrivée.*

142.— Après les trois ans, si l'on consulte les termes de l'article 310, le jugement *pourra être converti*.

Le texte paraît indiquer de la manière la plus formelle que c'est au moment du jugement de conversion que le délai doit être expiré ; peu importerait donc qu'à une époque antérieure, et notamment lors de la demande, les trois ans ne fussent pas écoulés.

La Cour d'Aix l'avait ainsi pensé, mais la Chambre civile, dans son arrêt précité du 28 novembre 1887, a cassé sa décision, en exigeant que les trois ans fussent expirés lors de la demande.

143. — Nous n'hésitons pas à suivre cette dernière opinion (1) qui seule nous paraît d'accord avec les principes généraux du droit, et avec l'idée sur laquelle repose la disposition de l'article 310.

C'est toujours à la demande que réagissent les effets de l'instance, et c'est toujours à cette époque que les conditions d'exercice d'une action doivent être accomplies ; si j'intente contre vous une action pour obtenir le paiement d'une somme que vous aviez promis de me payer dans un délai de dix ans, c'est au moment où j'intente l'action que les dix ans doivent être expirés, il ne suffit pas qu'ils le soient lors du jugement.

Sans doute, cette règle comporte certaines exceptions ;

(1) Carpentier, *Du divorce*, n° 401.

par exemple, l'article 119 porte que le jugement de déclaration d'absence ne pourra *être rendu* qu'un an après, etc. Mais là, nous sommes en présence d'un texte on ne peut plus formel, tandis que les termes de l'article 310 peuvent très bien signifier : *pourra faire l'objet d'une demande en conversion*.

Quand, d'ailleurs, l'époux demandeur en conversion serait-il sûr d'être dans le délai voulu pour agir? Intentera-t-il l'action un an, six mois, trois mois avant l'expiration du délai de trois ans? A quelque époque qu'il s'y prenne, il risquera que la procédure se termine trop rapidement pour que le jugement soit rendu avant l'expiration du délai.

Enfin, le but du législateur ne serait pas d'accord avec la solution que nous combattons : c'est un délai de réflexion qu'on a voulu accorder aux époux ; ce délai doit être fixe, et les lenteurs plus ou moins grandes d'une procédure ne doivent pas permettre de l'abréger.

Ajoutons qu'il serait difficile de savoir si c'est le jugement de première instance, ou seulement l'arrêt de la Cour d'appel, ou même celui de la Cour de cassation qui doit être rendu dans les trois ans. Il n'existerait aucune raison, croyons-nous, pour ne pas aller jusqu'à cette dernière idée. Et autant dire, alors, qu'on pourra agir immédiatement après la prononciation de la séparation de corps ; car, avec les moyens qu'ont les parties d'allonger la procédure, avec les divers recours possibles, ils pourront arriver à la fin de l'instance après l'expiration du délai.

144. — Aucun doute contre notre opinion ne pourra subsister si l'on compare le nouvel article 310 avec celui qu'il a remplacé.

« Lorsque la séparation aura duré trois ans, » porte l'ancien article 340... « l'époux...*pourra demander* ».

C'était donc à l'époque de la demande que le délai devait être expiré.

Or, les travaux préparatoires à la loi de 1884 n'indiquent aucune intention de modifier ce point. D'autres changements que nous retrouverons expliquent la différence de rédaction ; aujourd'hui donc, comme autrefois, c'est au moment de la demande que les trois ans doivent être expirés (1).

§ 2. — PRESCRIPTION.

143. — Nous venons d'étudier le minimum du délai ; y a-t-il également un maximum ; en d'autres termes, la prescription pourra-t-elle être opposée, au bout d'un certain temps, à l'époux demandeur en conversion ?

Nous ne le pensons pas.

Sans doute l'article 2262 englobe dans sa rédaction, d'une portée absolue, toutes les actions et les soumet à une prescription commune de trente ans.

Mais on est généralement d'accord pour admettre que toutes les actions relatives à l'état des personnes sont imprescriptibles, et que l'article 2262 ne concerne en réalité que les actions pécuniaires.

C'est ainsi que, d'après l'opinion générale, l'action en nullité de la reconnaissance d'un enfant naturel est imprescriptible (2). Il en est de même de l'action en

(1) V. sur le pouvoir des tribunaux, n° 156 et suiv.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit, t. VI, § 568 *ter*, note 33, p. 481 ; — Demolombe, *Paternité et filiation*, n° 452 ; — Laurent, t. IV, n° 70 ; — Douai, 21 décembre 1883, S. 87, 2, 451.

contestation d'état (1). Enfin l'action en réclamation d'état est imprescriptible en faveur de l'enfant, c'est-à-dire tant qu'elle conserve un caractère exclusivement moral.

Lorsque la loi veut soumettre à une prescription quelconque une action concernant l'état, elle ne manque pas de s'en expliquer formellement (2).

146. — Aussi, regardons-nous comme indiscutable que la conversion peut être demandée même après trente ans depuis la séparation de corps.

Cette opinion est d'autant moins douteuse que l'art. 6, § 4, de la loi du 21 avril 1886 permet de demander la conversion de la séparation de corps prononcée antérieurement à la loi du 27 juillet 1884, sous la seule condition qu'elle existe depuis trois ans.

Il est certain que, par cette disposition, le législateur a voulu accorder une faveur aux époux qui, sous l'empire d'une législation qui n'admettait pas le divorce, avaient été obligés de recourir à la séparation de corps. Mais la raison même de cette faveur montre qu'elle ne serait pas complète, si elle ne s'étendait pas à la séparation de corps prononcée depuis plus de trente ans. Et s'il en est ainsi de la disposition de l'article 6, § 4, de la loi de 1886, on ne peut décider autrement pour l'art. 310 du Code civil conçu de la même manière (3).

Nous savons bien que certains auteurs admettent que

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, § 544 *bis*, note 15, p. 21; — Demolombe, *Paternité et filiation*, n^{os} 328 et 329; — Laurent, t. III, n^o 468; — Paris, 9 juillet 1885, S. 86, 2, 261.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 20, note 13; — Demolombe, *loc. cit.*, n^o 281; — Laurent, *loc. cit.*

(3) Toullier, *Code civil*, t. II, n^o 762; — Laurent, III, p. 257; — Massol, *Séparation de corps*, p. 72.

le droit d'intenter l'action en séparation ou en divorce se prescrit par trente ans à partir des faits qui peuvent y donner lieu. Mais cette opinion, qui d'ailleurs n'est pas généralement suivie (1), repose sur des motifs spéciaux, et par conséquent ne doit pas s'admettre ici.

147.— Nous remarquerons en terminant que la question ne présente guère d'intérêt pratique, en raison de l'article 2253 qui empêche la prescription de courir entre époux; en admettant qu'il y ait une prescription, elle sera suspendue durant le mariage (2), c'est-à-dire précisément pendant le temps où l'action pourrait être intentée.

§ 3. — DANS QUEL CAS LE DÉLAI DE TROIS ANS EST-IL EXIGÉ ?

148.— L'article 310, par la généralité de ses termes, ne permet d'exclure, en aucun cas, pour quelque motif que ce soit, l'obligation du délai de trois ans.

Il est pourtant deux hypothèses où l'on a voulu permettre au demandeur en conversion d'agir avant l'expiration de ce délai.

149.— La première est la disposition transitoire de l'article 4, § 3, de la loi du 27 juillet 1884, qui permet de convertir la séparation obtenue antérieurement à cette loi, sans paraître exiger un délai de trois ans. Cette opinion, que nous examinerons dans notre appendice (3),

(1) Demolombe, *Mariage*, t. II, p. 511; — Poulle, *Le divorce*, p. 168; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 135, et la *Loi* de 1886, n° 100; — Trib. Abbeville, 20 mai 1884; *Gazette du Palais*, 85, 1, 57. — *Contrà*: Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 44.

(2) La séparation de corps ne fait pas cesser l'application de l'art. 2253; — Aubry et Rau, 4^e édit, t. II, § 214, note 19, p. 341; — Marcadé, t. XII, sur les art. 2252 à 2253, n° 1.

(3) V. n° 647.

n'est plus soutenable en présence de l'article 6, § 4, de la loi du 8 avril 1886, qui exige formellement l'expiration des trois ans.

150. — Le second cas auquel nous faisons allusion est celui où l'un des deux époux emploierait, au lieu de la procédure de la conversion, celle du divorce. Il est permis, dit-on, au demandeur de recourir aux formalités de la demande ordinaire en divorce : le défendeur a également ce droit si des faits nouveaux sont survenus; or, la loi n'exige un délai de trois ans que pour la procédure en conversion; cette distinction, dit-on, se justifie fort bien, car l'instance en divorce étant — du moins, on le soutient (1) — beaucoup plus longue que celle en conversion, et offrant par conséquent plus de garanties, la loi a pu supprimer ici sans danger l'obligation du délai.

Nous ne voulons pas contester au défendeur le droit, lorsque des faits nouveaux se sont produits, de demander le divorce; nous nous réservons de traiter ultérieurement la question dans tous ses détails (2); remarquons seulement qu'il n'y aurait alors aucune contradiction à permettre au défendeur d'agir avant l'expiration du délai de trois ans; il ne serait pas, en effet, question de convertir le jugement de séparation de corps, car le défendeur, loin d'invoquer cette séparation, — laquelle a été prononcée contre lui et repose sur ses propres torts, — demande le divorce en se fondant sur des griefs qu'il invoque contre son conjoint.

151. — Quant au demandeur, est-il vrai qu'il lui

(1) V. *infra*, nos 234 et suiv.

(2) V. nos 468 et suiv., n° 473.

soit permis de recourir à la procédure du divorce, soit en se basant sur des faits nouveaux, soit en se fondant purement et simplement sur la séparation de corps, et d'échapper par là à la nécessité d'attendre trois ans ?

C'est là une question qui trouvera peut-être une meilleure place à la fin de la procédure de la conversion. Nous nous demanderons alors (1) dans quels cas cette procédure est applicable et dans quelles hypothèses, au contraire, il y a lieu de recourir à la procédure du divorce ; d'autres intérêts sont attachés à ce grave problème.

152. — On ne sera pas surpris de nous voir dès à présent affirmer que le demandeur, s'il n'invoque que la séparation de corps sans se fonder sur des faits nouveaux, ne peut, à l'aide d'un subterfuge, agir avant le délai de trois ans : de quelle utilité aurait été cette fixation de délai s'il était permis à l'une des parties de la méconnaître ?

Admettons même qu'il nous faille résoudre par l'affirmative la question de savoir si le demandeur peut recourir à la procédure ordinaire du divorce, et que le droit de demander la conversion, basé sur une faveur pour lui, puisse être remplacé par la voie de procédure ordinaire. En résultera-t-il qu'il puisse agir avant trois ans ? Nous ne le croyons pas ; car, si l'on peut dire que l'action en conversion est la faveur et l'action en divorce la règle, on ne peut pas dire que le délai de trois ans soit la faveur et le droit d'agir immédiatement la règle ; il est bien clair que la loi, en imposant à chacune des deux parties un délai de trois ans, n'a voulu accorder

(1) V. n° 472.

de privilège à aucune d'elles, mais les obliger toutes deux à réfléchir.

155. — Nous avouerons que les travaux préparatoires de la loi du 27 juillet 1884 sont contraires à notre opinion. Le rapporteur de la loi au Sénat permet formellement au demandeur d'agir avant l'expiration du délai de trois ans, pourvu qu'il use de la procédure ordinaire du divorce.

Mais le motif même sur lequel s'appuie l'honorable sénateur ôte toute valeur à son opinion : « Il n'y a pas eu, dit-il, chose jugée quant au divorce par le jugement qui a prononcé la séparation (1). »

Nous signalons pour la première fois cette opinion si gravement erronée, que nous réfuterons longuement plus tard, et qui constitue un exemple frappant des inconsistencies auxquelles on serait entraîné, en prenant les doctrines exprimées lors des travaux préparatoires pour l'expression de la volonté du législateur. Nous n'aurons pas de peine à prouver que l'autorité de la chose jugée convient à la solution contraire : un fait soumis aux tribunaux ne saurait lui être soumis une seconde fois ; il y a identité de parties ; il y a également identité de cause puisque l'on invoque le même fait ; il y a enfin identité d'objet, car l'objet de chaque demande est la cessation de la vie commune. Ajoutons encore qu'il serait surprenant que le législateur, après avoir donné un choix au demandeur, lui permît de prendre immédiatement après un parti différent de celui pour lequel il a opté tout d'abord (2).

(1) Sénat, séance du 24 juin 1884. (*Journal officiel*, 25 juin, Documents parlementaires, Sénat.)

(2) V. n° 165.

154. — Il est vrai que l'opinion exprimée devant le Sénat en 1884 a été également énoncée par Réal, lors de la discussion du Code civil (1). Mais, déjà sous l'empire du Code civil, la jurisprudence (2) rejetait cette théorie qui n'a pas trouvé plus de faveur depuis (3).

155. — L'article 6, § 4, de la loi du 18 avril 1886, en exigeant formellement l'expiration d'un délai de trois ans pour la conversion des jugements de séparation de corps antérieurs à la promulgation de la loi du 27 juillet 1884, est venu, croyons-nous, rendre irréfutable notre doctrine.

Les termes de cette loi indiquent, en effet, d'une manière certaine que, par aucun moyen, il n'est possible de restreindre, ni à plus forte raison de faire disparaître le délai que la loi considère comme obligatoire.

Or, il est incontestable qu'une telle disposition nous fournit un argument *a fortiori*; le demandeur, dont l'article 6, § 4, règle la situation mérite une faveur bien plus grande que celui qui use du bénéfice de l'article 310 : ce dernier avait le choix entre la séparation de corps et le divorce; l'autre a dû se contenter du premier de ces remèdes, puisque le second n'était pas encore institué. Aussi avait-il été question, lors des travaux préparatoires, de dispenser du délai le demandeur qui avait obtenu la séparation antérieurement à la loi du 27 juillet 1884.

(1) Fenet, t. IX, p. 431.

(2) Aix, 27 novembre 1809, S. II, 2, 60.

(3) Seine, 17 mai 1886, *Recueil de procédure*, 1886, p. 242, art. 1156. Adde : Laurent, t. II, n° 200; — Carpentier, *Du divorce*, n° 400 et *Loi de 1886*, n° 192; — Saint-Marc, nos 13, 14 et 15 (*Revue critique*, 1885).

SECTION III

Pouvoirs des tribunaux.

136. — On peut rattacher aux conditions nécessaires pour la conversion l'autorisation ou le pouvoir des tribunaux. Si ce n'est plus, comme les précédentes, une condition d'exercice, c'est au moins une condition d'obtention.

§ 1. — SENS APPARENT DE L'ARTICLE 340.

137. — Sous l'empire du Code civil, le tribunal n'avait aucun pouvoir d'appréciation relativement à la légitimité de la demande en conversion portée devant lui; la prononciation du divorce pouvait être exigée par l'ancien défendeur: « L'époux.....pourra demander le divorce au tribunal *qui l'admettra*. » L'ancien demandeur avait bien le droit, comme nous le verrons, de s'opposer à cette décision, en consentant à faire cesser la séparation; mais aucun moyen n'était accordé au tribunal, quelque inconvénient qu'il y vît, pour refuser de prononcer le divorce; il aurait commis un excès de pouvoir et, par suite, aurait encouru la cassation en rejetant la demande (1).

138. — Cette disposition soulevait bien quelques critiques, mais nous croyons qu'elle n'avait que des avantages pour ceux qui, contrairement à notre opinion, étaient partisans de la conversion. Elle évitait de mettre les parties à la merci des scrupules religieux des membres des tribunaux; le demandeur, en outre, qui n'était pas

(1) V. n° 231.

intéressé à venir contester une demande que les tribunaux, à défaut de reprise de la vie commune, ne pouvaient refuser d'accueillir, n'essayait pas de renouveler en justice des débats irritants. Le système contraire aurait eu pour effet de faire, en réalité, de la demande en conversion une demande en divorce; le demandeur serait venu étaler des griefs sur lesquels le tribunal aurait statué plusieurs années auparavant et qu'on devait croire oubliés; le défendeur, à son tour, aurait cherché à montrer que le demandeur lui-même avait commis depuis la séparation des fautes graves légitimant la conversion.

159. — Aussi le projet de loi soumis aux Chambres en 1884 obligeait encore le tribunal à prononcer le divorce; et, à part l'extension du droit au demandeur et la suppression de deux conditions que nous mentionnerons plus tard (1), le nouvel article 310 consacrait la doctrine de l'ancien.

A la suite de discussions qui s'élevèrent au sein du Sénat, on lui substitua le texte suivant qui fut également adopté par la Chambre des députés : « Le jugement *pourra être converti* en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. »

159 bis. — Résulte-t-il de ce texte qu'une modification des plus graves a été introduite, et que les tribunaux, au lieu de l'obligation absolue qui leur était imposée autrefois, ont aujourd'hui un pouvoir discrétionnaire?

Si nous ne nous trouvions en face que de l'article 310, et avant de consulter les travaux préparatoires à la loi de 1884, nous n'hésiterions pas à soutenir le contraire.

(1) V. n^{os} 231 et suiv.

160. — La différence de rédaction entre l'ancien et le nouvel article 310 est insignifiante. « L'époux *pourra* demander », dit l'un. — « Le jugement *pourra être converti* », porte l'autre. Ces deux expressions ne sont-elles pas synonymes ?

Sans doute, l'ancien article dit formellement que le tribunal *admettra la demande*, alors que le nouveau ne contient rien de ce genre ; mais, ne serait-ce pas que le législateur de 1884 a considéré ces mots comme une redondance et cette obligation comme ressortant suffisamment de la contexture même de la phrase ?

Les mots *sur la demande* ne sont-ils pas suffisants par eux-mêmes, et n'indiquent-ils pas, pour les époux, le droit d'exiger la conversion (1) ?

Le terme *pourra*, qui serait de nature à fonder la doctrine contraire, est loin d'être décisif.

Bien des textes du Code civil, pour ne pas parler de ceux qui sont épars dans les diverses parties de notre législation, emploient le verbe *pouvoir* alors qu'il est tantôt certain, tantôt très probable qu'on a voulu tracer au juge le chemin à suivre et lui imposer sa décision.

C'est ainsi que l'article 313 porte que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage *pourra être contestée* ; et l'on est d'accord aujourd'hui, pour imposer au juge saisi d'une demande de ce genre l'obligation de prononcer l'illégitimité (2).

C'est ainsi encore, qu'aux termes de l'article 1057, après la déchéance du grevé de substitution, le droit des appelés *pourra être déclaré ouvert* à la diligence, etc.

(1) Rapp, art. 229, 230.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, § 545, note 39, p. 39 ; — Mourlon, *Répétitions écrites*, t. I, n° 891 ; — Demolombe, *Paternité et filiation*, n° 83 et 86 ; — Marcadé, t. II, sur l'article 315, n° 2 ; — Laurent, t. III, n° 386.

Or, on admet (1), malgré le sens apparent de cet article, que le juge ne pourra, une fois la déchéance prononcée, refuser de proclamer l'ouverture du droit des appelés.

161. — Ce n'est pas tout : une multitude de textes manifestent hautement, chez les rédacteurs du Code civil, l'intention de limiter le plus possible les pouvoirs du juge, de lui mesurer avec une extrême parcimonie le droit d'appréciation, et, si l'on peut faire un reproche au législateur, c'est d'avoir été trop loin dans cette voie.

Dans quel but, par exemple, les articles 1044 et 1045, dont les dispositions ont été si critiquées, font-ils dériver l'accroissement des termes employés par le testateur et non pas de son intention ? Dans quel but, les articles 778, 1273, 1275 exigent-ils, pour que le juge puisse admettre la renonciation aux droits qui y sont visés, l'accomplissement d'un fait supposant *nécessairement* l'intention de renoncer ? N'est-ce pas montrer clairement l'importance que la loi attache à ce que le juge n'ait aucun pouvoir discrétionnaire ?

162. — Il faut ajouter, et nous avons déjà signalé cette considération (2), que ce pouvoir discrétionnaire se comprend moins en matière de conversion que dans toute autre hypothèse : on sait que la séparation de corps a été appelée le divorce des catholiques : de là une préférence marquée pour la séparation, de la part des gens auxquels leurs scrupules religieux interdisent le divorce ; de là aussi, un mépris non déguisé pour cette même situation, de la part de ceux qui professent

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VII, § 696, note 33, p. 39 ; — Demolombe, *Donations*, t. V, n^o 474 ; — Laurent, t. XIV, n^o 543 ; — Orléans, 9 avril 1867, S. 67, 2, 277.

(2) N^o 158.

les sentiments contraires; pour les uns, la séparation de corps est préférable au divorce; pour les autres, au contraire; c'est le divorce qui doit, le plus fréquemment possible, se substituer à la séparation de corps. Or, n'est-il pas à craindre que les magistrats qui éprouveront l'une ou l'autre de ces préférences ne la fassent préconiser dans leurs décisions et ne rejettent ou n'admettent la demande suivant leurs convictions personnelles?

Tous ces motifs nous décideraient à refuser, en présence même de l'article 310, tout pouvoir discrétionnaire aux magistrats.

Hâtons-nous d'ajouter que cette opinion n'a jamais été soutenue, et que l'étude, même superficielle, des travaux préparatoires conduit fatalement à la décision contraire.

163. — C'est ce pouvoir discrétionnaire dont nous allons immédiatement démontrer l'existence et la portée.

Puis, nous indiquerons et nous apprécierons la manière dont les tribunaux ont compris ce pouvoir. Nous déterminerons ensuite le rôle de la Cour de cassation. Enfin, nous nous occuperons des diverses critiques qui peuvent être dirigées contre l'article 310.

§ 2. — SENS RÉEL DE L'ARTICLE 310.

164. — Le rapport lu au Sénat par le rapporteur de la commission (1) porte ce qui suit :

« Le tribunal aura à apprécier si les motifs qui avaient

(1) M. Labiche, Sénat, 25 juin 1884 (*Officiel* du 26, p. 1191).

« été suffisants pour prononcer la séparation de corps
« peuvent, après les trois années d'épreuves, être consi-
« dérés comme suffisants pour prononcer non plus seu-
« lement le relâchement du lien conjugal, mais sa rup-
« ture, c'est-à-dire le divorce.

« A la différence de ce qui existait sous le système
« établi par le Code civil, le tribunal n'est pas dans l'obli-
« gation d'acquiescer à la demande de conversion après
« la simple constatation de l'expiration des délais et du
« refus de réconciliation.

« Non, le tribunal a toute la liberté pour apprécier
« dans quelle mesure il convient de faire droit à la
« demande.

« Nous avons reconnu qu'il y avait intérêt à laisser
« la faculté d'intenter la demande en conversion à celui
« contre lequel la séparation a été prononcée comme à
« celui qui l'a obtenue.

« Voici pourquoi, d'après le droit commun, celui con-
« tre qui la séparation a été prononcée a le droit d'in-
« tenter une demande en divorce.

« D'après nous, la chose jugée en matière de sépara-
« tion ne met pas obstacle à une instance en divorce,
« puisque l'objet de la demande est différent. Dans la
« première instance, l'objet de la demande était le re-
« lâchement de l'union conjugale; dans la seconde, l'objet
« de la demande sera la destruction de cette union.

« Notre rédaction fait disparaître la disposition qui
« imposait aux tribunaux l'obligation de prononcer le
« divorce après l'expiration d'un délai de trois ans. »

165. — Écartons tout d'abord le fondement juridique
que le rapporteur au Sénat a essayé d'assigner à la mo-
dification que la commission faisait subir à l'article 310

Selon nous, et nous avons déjà eu l'occasion de le dire (1), si le législateur avait appliqué les principes de l'autorité de la chose jugée, ce n'est pas seulement l'obligation de prononcer le divorce qu'il aurait déniée au juge; il aurait été jusqu'à lui refuser le droit d'admettre la conversion.

Un événement s'est produit qui rendait la vie commune impossible. L'époux qui en est victime a le droit d'intenter une action en divorce (art. 229 à 232). Il peut, s'il le préfère, former une demande en séparation de corps; car la loi lui permet de choisir entre ces deux moyens d'obtenir satisfaction. Cette option, si un texte contraire n'existait pas, ne serait-elle pas définitive, ne formerait-elle pas un obstacle à ce que l'époux vînt plus tard réclamer le second remède que la loi met à son service, celui dont il s'est abstenu d'user tout d'abord? Et ne peut-on pas lui dire : *una electa via, non ad alteram recurrere potes?*

166. — On avoue qu'il y a dans les deux demandes identité de personnes; on reconnaît également qu'il y a identité de cause, puisque l'impossibilité de la vie commune, ou, en considérant même les choses d'une manière plus étroite (2), tel fait spécial est la cause des deux demandes.

Mais on prétend que l'instance en conversion a un objet tout différent du procès en séparation : l'objet de la demande en séparation est, bien entendu, la sépara-

(1) N° 153.

(2) Il existe des difficultés sur la cause en matière de séparation de corps. V. Paris, 1^{er} août 1874, S. 74, 2, 265, et Req. 3 février 1875, S. 76, 1, 465; — Labbé, S. 74, 2, 265; — Massol, *Séparation de corps*, n° 10; — Aubry et Rau, t. V, § 492, note 20, p. 187; — Paringault, *Revue pratique*, t. IX, p. 193.

tion, l'objet de la demande en conversion est le divorce. Or, l'article 1351 exige, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être opposée, la réunion de ces trois conditions : identité de personnes, identité de cause, identité d'objet.

167. — Ce raisonnement est contraire à tous les principes de l'autorité de la chose jugée ; il conduirait à permettre au plaideur malheureux de recommencer une foule de procès sous prétexte que l'identité de l'objet ne se retrouve pas.

En réalité, l'objet de la première demande a été de porter remède à la situation dans laquelle se trouvait le demandeur : la vie commune devenant impossible, il s'est adressé au tribunal pour la faire cesser, et, conformément à ses conclusions, a obtenu la séparation de corps ; l'objet du second procès est donc le même : il s'agit encore ici de faire cesser la vie commune ; le remède est, il est vrai, plus énergique que le premier, il n'en tend pas moins au même but.

168. — Il est, d'ailleurs, facile de montrer que cette solution, qui se justifie au point de vue des principes, trouve dans les textes un appui irréfutable.

Les articles 229 à 232 permettent le divorce dans les hypothèses qu'ils déterminent. L'article 306 ajoute : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. » C'est donc un choix que la loi a voulu accorder à l'époux demandeur, ce n'est pas un cumul.

169. — Qu'on réfléchisse, d'ailleurs, aux singulières conséquences qui découleraient de l'opinion que nous combattons, si on la poussait jusqu'à ses dernières limites.

Une fois admis que le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'oppose pas à une nouvelle action, on en conclura forcément que la première instance ne pourra aucunement être invoquée quand il sera question de celle en conversion.

Non seulement le juge aura le pouvoir d'appréciation que la loi lui reconnaît dans l'instance en conversion, mais il ne lui sera pas permis, pour user de ce pouvoir d'appréciation, de se préoccuper des preuves faites dans l'instance en séparation : l'époux qui, par exemple, aura obtenu la séparation en se fondant sur une injure grave et qui invoquera la même injure pour demander la conversion devra la prouver une seconde fois. Le juge pourra tenir ses preuves pour insuffisantes et affirmer, en contredisant le premier jugement, que l'injure n'existait pas.

170. — Réciproquement, le fait faussement avancé lors de la première instance pourra être reproduit, et peut-être le juge l'accueillera-t-il.

171. — Ces conséquences sont déjà bien graves, et nous n'avons pas besoin de nous demander si le promoteur de l'opinion que nous combattons consentirait à les admettre; mais il en est d'autres beaucoup plus inadmissibles encore et auxquelles nous arrivons.

172. — Puisque la chose jugée en matière de séparation de corps n'est pas chose jugée en matière de divorce, il doit en être ainsi, non pas seulement dans une instance en conversion, mais aussi dans une instance en divorce proprement dite.

Qu'en conclure? C'est que si une instance en séparation a eu lieu, le demandeur ou le défendeur pourront venir intenter une action en divorce, sans que le tri-

bunal ait le droit de se préoccuper du résultat de la procédure antérieure.

173. — Un époux a demandé la séparation de corps ; il a été débouté de ses prétentions parce que les faits qu'il avançait n'ont pas été prouvés ou n'ont pas paru assez graves pour motiver la solution qu'il réclamait. Cet époux pourra venir invoquer les mêmes faits pour fonder aujourd'hui une demande en divorce.

Un époux a obtenu la séparation de corps ; puis, à la suite d'une réconciliation intervenue entre son conjoint et lui, la séparation a cessé de plein droit (1). Il lui sera loisible, néanmoins, d'invoquer encore dans une instance en divorce les faits qui ont servi de base à la séparation de corps ; la réconciliation, dira-t-il, a éteint la séparation, a fait disparaître l'effet du jugement qui nous a séparés ; mais ce jugement n'ayant pas autorité de chose jugée dans l'instance présente, toutes les suites en doivent également être écartées, et je m'appuie sur les faits précédemment invoqués pour intenter une nouvelle action.

Enfin, l'époux qui a obtenu la séparation de corps viendra, dès le lendemain, s'il lui plait, demander le divorce, en invoquant et en offrant de prouver une seconde fois les mêmes faits ; l'autorité du jugement de séparation de corps ne peut pas, dira-t-il, m'être opposé ; car l'instance actuelle a un objet différent.

Et que devient alors notre article 310, qui exige un délai de trois ans pour substituer le divorce à la séparation de corps ? Cette obligation d'attendre trois ans après la prononciation de la séparation de corps n'indi-

(1) V. n° 128.

que-t-elle pas clairement, à elle seule, que le principe sur lequel on veut appuyer le pouvoir discrétionnaire du juge est erroné ? Nous avons vu, en effet, que le droit d'intenter l'action en conversion avant le délai de trois ans a été soutenu (1) ; mais nous n'avons pas eu de peine à démontrer que cette idée est inexacte et qu'elle annihile complètement l'article 310 ; quant aux autres conséquences que nous avons fait, par le raisonnement, découler de ce prétendu principe, nous ne croyons pas que jamais personne puisse les admettre (2).

174. — Ce principe lui-même, le rapporteur ne l'a pas toujours cru exact, et quelque temps auparavant, alors que la commission imposait au juge l'obligation d'accepter la conversion, voici comment ce même sénateur justifiait cette rédaction.

« La séparation et le divorce ne sont pas des étapes successives pour arriver à la dissolution complète du mariage ; ce sont deux voies parallèles conduisant à la dissolution du mariage, deux remèdes entre lesquels les époux ont la faculté de choisir.

« Quel avantage y aurait-il d'ailleurs à greffer un procès de divorce sur un procès de séparation ? » Il est impossible de mieux se réfuter soi-même.

175. — Quoi qu'il en soit, et malgré la fausseté du point de vue juridique auquel s'est placé le rapporteur de la commission du Sénat, le motif de la rédaction actuelle de l'article 310 est facile à déterminer : on a voulu accorder une compensation aux adversaires du divorce, faire une

(1) V. n° 450.

(2) V., dans le sens de notre opinion, Carpentier, *Traité du divorce*, n° 415.

transaction entre ceux qui voulaient que la séparation ne pût être modifiée et ceux qui tenaient à donner aux époux le droit d'exiger son aggravation. C'est, en effet, sur des observations présentées au Sénat au nom des époux catholiques par MM. Jules Simon et Lucien Brun, c'est surtout par la crainte que ces observations n'entraînaient un vote contraire du Sénat, que ce changement a été introduit.

C'est donc dans le sens d'une concession faite aux ennemis du divorce que se présente le mot *pourra* de l'art 310 ; et le but de cette concession nous en indiquera la portée.

176. — L'argument capital des adversaires du divorce est un argument religieux et moral ; le divorce est une institution contraire aux dogmes du catholicisme, il est en outre en désaccord avec les principes de la morale : le mariage doit subsister, il ne doit être rompu que par la voie naturelle, c'est-à-dire par le décès de l'un des époux. On a voulu, tout en rejetant cette doctrine, lui donner une sorte de demi-satisfaction en rendant la conversion simplement facultative, et en permettant aux tribunaux de perpétuer à leur gré la séparation de corps.

177. — Les idées exprimées dans le rapport ne laissent aucun doute sur ce point ; et ce qui montre bien plus encore le but de la modification, c'est l'espèce même que citait M. Jules Simon pour obtenir ce changement (1) : il présentait l'exemple d'une femme catholique qui a obtenu la séparation de corps ; le mari, qui

(1) Séance du 23 juin, *Journal officiel* du 24, Débats parlementaires. Sénat, p. 4493.

vit dans la débauche, demande le divorce ; il n'est pas juste, dit l'honorable sénateur, qu'on impose le divorce à une femme honnête à laquelle ses sentiments religieux défendent d'accepter une telle situation, et qui, peut-être, conserve l'espoir de se réconcilier plus tard avec son mari et de reprendre la vie commune.

Il est donc certain que ceux qui ont proposé au Sénat la rédaction actuelle de l'art. 310 et ceux qui ont accepté cette rédaction sont partis, les uns et les autres, de l'idée que le divorce était, aux yeux du moins de beaucoup de personnes, une institution défavorable et à laquelle la morale et la religion devaient empêcher souvent de recourir.

178. — Qu'en conclure ? C'est que si l'on s'en tient uniquement aux travaux préparatoires que nous avons mentionnés jusqu'ici, le juge devra user avec beaucoup de réserve de son droit de conversion et maintenir la séparation toutes les fois que le divorce ne lui paraîtra pas avantageux. Si l'époux innocent observe une religion qui interdit le divorce, si un espoir de réconciliation est possible, si l'on peut prévoir que la dissolution du mariage aurait des résultats fâcheux pour la morale, pour les époux, leurs enfants, leur famille ou la Société, le divorce ne devra pas être prononcé.

179. — Du Sénat passons à la Chambre, et voyons pour quel motif la rédaction de l'art. 310 a été maintenue dans les termes où elle était proposée.

Ici encore, cette rédaction nous apparaît comme une transaction ; on craint de faire échouer la loi tout entière si on modifie l'art. 310.

180. — Mais le sens de cette transaction est-il le même que celui qu'on lui attribue au Sénat ? Pour ré-

pondre à cette question, il est indispensable de citer, malgré sa longueur, un passage capital du rapport fait à la Chambre par M. Letellier, au nom de la commission.

181. — « La nouvelle rédaction nous paraît contraire
« à des principes qui nous sont chers. Pour que nous
« venions vous en proposer l'adoption, il nous faut le
« désir que vous partagez tous de mettre hors de toute
« atteinte ce qui est déjà acquis par le vote du Sénat,
« et l'espérance de modifier ultérieurement, sans risques
« de porter atteinte à l'ensemble de la loi, un article
« que nous jugeons regrettable.

« Autant on concevait la transformation de la séparation en divorce, sur la seule constatation qu'il avait duré trois ans, autant on conçoit peu l'action effective des tribunaux en cette matière.

« Les causes de séparation de corps et les causes de divorce sont les mêmes. Si l'époux qui a demandé la séparation, il y a trois ans, et qui l'a obtenue, avait basé sur les mêmes faits une demande en divorce, il l'aurait donc obtenue également. Comment si, après trois ans, il demande à faire convertir sa séparation en divorce, le tribunal pourrait-il le lui refuser, alors surtout qu'aux faits primitifs est venue s'ajouter une longue période d'épreuves?

« Évidemment, dans ce cas, les tribunaux accorderont toujours la conversion, et dès lors, pourquoi leur demander un avis que les circonstances ne leur permettent jamais de refuser?

« S'il s'agit du défendeur, on conçoit au contraire difficilement sur quoi se fonderont les tribunaux pour accorder la conversion. Le défendeur, en effet, n'a

« aucun fait à invoquer, puisque c'est contre lui que le
« divorce a été prononcé.

« Et pourtant le Sénat a voulu que le tribunal fût
« autorisé à juger que, même dans ce cas, il peut y avoir
« lieu d'accorder la conversion. Il l'a si bien voulu,
« que c'est sur la faculté accordée au défendeur comme
« au demandeur d'introduire l'instance à cet effet,
« qu'est intervenu l'accord entre les adversaires et les
« partisans de l'article 310. Mais alors, ou la faculté
« accordée au défendeur équivaudra, d'après la juris-
« prudence, à une obligation morale de prononcer la
« transformation de la séparation de corps en divorce
« sur sa requête, ou elle placera les tribunaux, les fai-
« sant ainsi sortir de leur rôle, dans la situation d'une
« espèce de conseil de famille jugeant en équité.

« Le défendeur pourra demander au tribunal de trans-
« former sa séparation en divorce, sans qu'il soit dit
« qu'il sera tenu, pour l'obtenir, d'apporter des faits nou-
« veaux. C'est une espèce de conseil officieux que la
« loi institue, et il dépendra de la jurisprudence de
« corriger ce que le nouvel article 310 a de mauvais.
« Les tribunaux n'auront pour cela qu'à se montrer
« très larges dans l'usage du droit de conversion que
« la loi leur confère. Votre commission espère qu'il en
« sera ainsi, et c'est une des raisons qui la portent,
« malgré les objections sérieuses qu'elle y voit et
« qu'elle vient de vous exposer sincèrement, à vous
« proposer de donner votre adhésion au nouvel arti-
« cle 310. »

182. — On voit que le Sénat et la Chambre, en votant la disposition de l'article 310, ont été d'accord pour attribuer au juge un pouvoir discrétionnaire.

Seulement ce pouvoir discrétionnaire a été motivé d'une manière différente par les commissions des deux Chambres : le rapporteur du Sénat conseille aux tribunaux de rechercher si les faits qui ont provoqué la séparation de corps sont suffisants pour amener la conversion de cette séparation en divorce ; le rapporteur de la Chambre leur recommande de ne refuser le divorce que dans des cas exceptionnels et lorsqu'il produirait des effets fâcheux pour les époux.

183. — En résulte-t-il, comme on le prétend souvent, une divergence réelle entre les deux opinions ? Pas le moins du monde. Tout le monde admet que le pouvoir des tribunaux n'est soumis à aucune restriction, et qu'ils peuvent en user sans aucun contrôle ; il est également certain, on ne saurait trop le répéter, que la modification a été introduite à titre de transaction, pour donner une satisfaction aux adversaires du divorce et de la conversion. Toutes les idées exprimées en dehors de ce dernier principe par les rapporteurs ne se présentent que comme des conseils donnés aux tribunaux, conseils qui, ici comme partout, sont dépourvus de sanction.

184. — Toutefois, le but même du changement introduit par la commission montre que les tribunaux qui se conformeront de plus près à l'intention du législateur seront ceux qui n'admettront le divorce qu'avec une grande difficulté. Nous convenons que ce système sera opposé à celui qu'a, d'un autre côté, adopté la loi, en assimilant complètement, au point de vue des causes, la séparation de corps et le divorce ; mais il est d'accord avec le motif qui a inspiré à la commission du Sénat une modification à l'article 340.

§ 3. — JURISPRUDENCE.

183. — Quoi qu'il en soit, on a vu que les conseils donnés aux tribunaux par les deux orateurs sont absolument différents; l'un paraît regarder le divorce comme un mal et désire l'écarter dans la plupart des hypothèses; l'autre conseille aux juges de prononcer la conversion toutes les fois qu'il est possible de l'admettre, et de ne la rejeter qu'au cas où elle serait nuisible à l'intérêt des époux.

Il fallait s'attendre à ce que ces deux opinions produisissent deux courants différents dans la jurisprudence; l'un qui s'inspirerait d'idées morales et religieuses et n'accorderait le divorce que comme une dernière ressource, un *ultimum remedium* contre une situation malheureuse; l'autre qui, le considérant comme préférable à la séparation, ne le refuserait qu'en raison des inconvénients qu'il présenterait pour les époux. On peut appeler le premier système celui de la *moralité* et donner au second le nom de système de l'*utilité sociale*.

186. — Le premier de ces deux systèmes, qui est adopté par un certain nombre de tribunaux, ne recrute guère d'adhérents dans la doctrine: le tribunal, dit-on pour le refuter, n'a pas à apprécier soit à son point de vue, soit à celui de l'un ou l'autre des époux, les répugnances que peut susciter le divorce en raison de croyances religieuses ou de considérations morales.

Il est certain que le divorce est préférable à cette sorte d'état intermédiaire qu'on appelle la séparation de corps: les travaux préparatoires font foi, mille fois

pour une, de la préférence que nos législateurs accordaient au divorce.

Quoiqu'il se mette ainsi en opposition avec l'esprit de la loi, on convient cependant que le tribunal a rigoureusement le droit de s'appuyer soit sur les inconvénients du divorce au point de vue religieux, soit sur toute autre considération morale. Nous allons plus loin, et nous croyons, pour la raison exprimée plus haut (1), que ces tribunaux se conformeront à l'intention des rédacteurs de la loi. Que cette intention soit contraire à l'opinion personnelle de beaucoup des législateurs qui ont voté l'article 310, nous n'en disconvenons pas ; mais, la majorité ayant, à titre de transaction, accepté l'opinion de la minorité, c'est, il nous semble, cette dernière opinion qu'il est juste de consulter.

187. — Le système contraire, généralement suivi en doctrine (2), compte en jurisprudence un certain nombre de partisans. Pour les Tribunaux qui s'y conforment, la séparation est contraire à l'ordre public qui exige impérieusement la cessation d'une telle situation ; l'intérêt privé seul, lorsqu'il sera fortement engagé, amènera la solution contraire. Or, quand peut-on dire que l'intérêt privé réclame la continuation de la séparation ? C'est lorsqu'il existe quelque chance de réconciliation (3). Car alors on pourra espérer que la sépara-

(1) N° 483.

(2) Saint-Marc, n° 20 et 21 ; — Poulle, p. 498 ; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 215.

(3) Le jugement le plus récent en ce sens émane du trib. de Moulins (12 mai 1887, *Loi* du 28 décembre). Nous ne citerons, parmi les décisions antérieures, que les arrêts de Cours d'appel : Besançon (27 décembre 1884) ; *Gazette du Palais*, 85, 4, 205 ; — Poitiers, 19 janvier 1885 ; *Gazette des Tribunaux* du 19 mars ; — Caen, 3 février 1885 ; *Gazette*

tion se terminera par la reprise du lien matrimonial; mais si cette union ne peut se reconstituer, elle doit complètement cesser.

Ce système est aussi admissible en droit que le précédent : s'il est en désaccord avec les motifs spéciaux de l'article 310, il concorde avec la volonté général du législateur; le tribunal ne fait d'ailleurs qu'user de son pouvoir d'appréciation; aucun reproche ne peut lui être fait.

188. — Si nous nous arrêtons ici, l'exposé des deux systèmes qui se partagent la jurisprudence ne pourrait soulever aucune difficulté pratique, puisque nous reconnaissons, avec tout le monde, aux tribunaux le droit de décider en toute liberté.

Il existe pourtant quatre questions, que ces deux systèmes peuvent diversement résoudre, et qui, en raison de leur intérêt pratique, méritent un examen particulier.

Le tribunal peut-il déclarer que les faits qui ont motivé la séparation de corps ne présentent pas une gravité suffisante pour entraîner le divorce?

Peut-il rejeter la demande formée par le défendeur en séparation, s'il ne se base absolument que sur les faits ayant entraîné la séparation de corps?

du Palais du 11 mai; — Douai, 8 février 1885; *Gazette du Palais*, 85, 1, 317; — Rouen, 11 février 1885; *Gazette des Tribunaux* du 11 mai; Rennes, 23 avril 1885; *Gazette du Palais*, 85, 1, 719; — Limoges, 4 mai 1885; *Gazette du Palais*, 86, 1, 213; — Paris, 17 décembre 1885; *Gazette du Palais*, 86, 1, 213; — Paris, 7, 14, 15, 21, 28 janv. 1886, 4, 11 fév. 1886, 11, 18, 25 mars 1886, 6, 22 avril 1886, 6 mai 1886; *Gazette du Palais*, 86, 1^{re} partie, p. 207, 236, 307, 338, 535, 603, 632; *Gazette des Tribunaux* des 20 et 28 janv., 10 et 17 février, 7 mai 1886, etc.; — Amiens, 15 avril 1886; *Recueil du divorce*, 1887, p. 157; — Bourges, 22 novembre 1886, D. 87, 2, 80.

Peut-il exiger ou admettre des faits nouveaux, c'est-à-dire différents de ceux qui ont été la cause de la demande en séparation ?

Au profit de qui la conversion doit-elle être prononcée ?

I. — *Gravité des faits.*

189. — Le tribunal peut-il déclarer que les faits sur lesquels s'est basé le jugement de séparation ne sont pas assez graves pour justifier le divorce ?

A en croire le rapport fait au Sénat, l'affirmative ne serait pas contestable. Cet examen serait même le rôle principal du tribunal chargé de juger la demande en conversion ; la demande, si elle était basée uniquement sur les faits antérieurs, ne devrait être accueillie que si ces faits étaient assez graves pour que le divorce pût être prononcé (1).

190. — Les motifs sur lesquels s'appuie le rapporteur sont absolument erronés ; et l'on ne réclamera pas de preuves à l'appui de notre assertion, quand nous aurons dit qu'il invoque cette idée d'absence d'autorité de la chose jugée qui lui a fait commettre tant d'erreurs, et qui en aurait entraîné bien d'autres si on en avait accepté toutes les conséquences (2).

Les faits, dit-il, qui ont motivé la séparation de corps ne peuvent être invoqués qu'à titre de renseignements, car il n'y a pas, au regard de la conversion, autorité de chose jugée, puisque la nouvelle demande a un objet différent de la première.

(1) Labiche, Sénat, 25 juin 1884 (*Journal officiel* du 26, p. 4194).

(2) V. *suprà*, nos 165 et suiv.

191. — Outre les observations que nous avons déjà présentées sur cette singulière doctrine, nous ajouterons que ce ne sont pas les faits sur lesquels est basé le jugement de séparation, mais ce jugement lui-même, qu'invoque la demande en conversion. Décider le contraire, c'est rayer de la loi le mot de *conversion*, c'est prétendre que la demande est une demande nouvelle en divorce, et tomber dans les grossières conséquences que nous avons signalées.

Ce n'est donc pas dans cet examen de faits antérieurs, quoi qu'en dise le rapporteur, que réside la mission principale du juge. Faut-il en conclure que le juge qui affirmera que les faits qui ont motivé la séparation de corps ne sont pas assez graves pour entraîner le divorce commettra une violation de la loi ?

On l'a prétendu (1), mais nous ne le croyons pas.

192. — Supposons — l'hypothèse est de nature à se présenter fréquemment dans la pratique — que le demandeur en conversion se base exclusivement sur la séparation : aucun fait nouveau ne s'étant produit, il est forcé de s'en tenir à cet argument unique que la situation ne s'est pas modifiée.

Le juge sera-t-il forcé de prononcer le divorce ? Admettre l'affirmative serait supprimer son pouvoir discrétionnaire.

Il aura donc le droit de rejeter la demande. Or, que fera-t-il alors, si ce n'est déclarer que la séparation de corps est moins grave que le divorce ; que les faits en raison desquels la séparation de corps a été prononcée sont insuffisants pour que le divorce puisse en résulter ?

(1) Saint-Marc, n° 18 ; — Trib. Blois, 27 décembre 1884, S. 85, 2, 67.

Ce que le juge fait ainsi indirectement, rien ne lui défend de le faire directement (1).

Nous ne contestons pas que cette solution soit en opposition avec l'esprit général de la législation sur le divorce; nous en conclurons seulement, une fois de plus, que le pouvoir discrétionnaire du juge est inspiré par une tendance absolument contraire à celle qui a guidé, dans les autres dispositions, le législateur de 1884.

193. — Il est probable, en effet, que le divorce a été considéré par le législateur, comme préférable à la séparation de corps; et nous n'en voulons d'autre preuve que la faculté même de demander la conversion de la séparation de corps en divorce.

Sans doute, l'article 293 nous présente, par une innovation due à la loi de 1884, un cas où le divorce est impossible alors que la séparation de corps peut être demandée; mais le motif spécial sur lequel s'appuie cette disposition (on a voulu empêcher les époux de se jouer du mariage en le contractant et en le défaisant suivant leurs caprices) nous défend d'en tirer une règle.

Si la séparation de corps était moins grave que le divorce, la loi n'eût pas manqué de le rendre plus facilement abordable que le divorce. Nous ne disconvenons pas que les tribunaux pourront, en pratique, admettre

(1) Trib. Rambouillet, 8 août 1884; *Gazette du Notariat*, 40 et 41 août; *Droit*, 17 août 1884; *Gazette du Palais*, 86, 1, 632; — Nancy, 3 décembre 1884; *Gazette du Palais*, 85, 1, 144; — Besançon, 27 décembre 1884; *Gazette du Palais*, 85, 1, 205; — Caen, 20 avril 1885; *Loi* du 24 mai, D. 86, I, 98; — Rennes, 23 avril 1885; *Gazette du Palais*, 85, 1, 719; — Riom, 4^{er} juin 1885; *Droit* du 7 juin; — Paris, 4 et 18 février 1886; *Loi* du 10 février; *Droit* du 21.

cette distinction, en se servant notamment de l'élasticité qu'ils ont eux-mêmes donnée au mot *injure* (art. 231). Mais il n'en est pas moins vrai que le législateur a complètement assimilé, au point de vue des causes qui y donnent lieu, la séparation de corps et le divorce (1), et la Cour de cassation en a tiré une conséquence importante, en refusant d'admettre qu'un plaideur demande le divorce et subsidiairement la séparation de corps (2).

II. — *Demande en conversion formée par l'ancien défendeur.*

194. — Le défendeur qui demande la conversion du jugement de séparation prononcé contre lui peut-il se contenter de justifier de ce jugement et des raisons qui lui paraissent motiver la conversion; ou, au contraire, le tribunal est-il dans l'obligation de lui demander la preuve de faits nouveaux, *de fautes commises* par l'ancien demandeur en séparation?

Cette question est une de celles où les deux courants qui se divisent la jurisprudence ont le mieux manifesté leur discordance.

195. — Certains tribunaux refusent, sans examen, d'admettre la requête du défendeur qui n'invoque aucun fait nouveau : peu importe que la séparation soit préjudiciable à ses intérêts ou à ses affections; peu importe que sa conduite n'ait donné lieu, depuis la séparation, à aucun reproche (3). Si le demandeur ne s'est lui-même rendu coupable d'aucun fait pouvant donner lieu au

(1) Les articles 239 et 246, qui s'expliquent par des raisons spéciales, ne prouvent pas le contraire. — V. cep. Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 109.

(2) Cass., 28 juin 1886, S. 86, 1, 401.

(3) Il existe quelques dissidences sur ce point.

divorce, le défendeur n'obtiendra pas la conversion (1).

Il est immoral, dit-on, de voir un époux demander à un tribunal de revenir sur un jugement qui l'a flétri; il invoque sa turpitude pour en tirer avantage.

Nous avons déjà rencontré cet argument, en étudiant la question de savoir s'il est bon, en législation, que le défendeur puisse obtenir la conversion (2). Nous ne nous y sommes pas arrêté et nous avons montré qu'il n'y a rien d'inique à reconnaître ce droit au défendeur.

Nous reconnaissons toutefois que les décisions que nous mentionnons ne constituent pas une violation de la loi; bien au contraire, nous croyons que les tribunaux qui usent de leur pouvoir discrétionnaire pour rejeter une demande de ce genre se conforment à la véritable intention du législateur, puisqu'ils se basent sur des arguments tirés de la morale et de la conscience.

196. — Dans le même sens, on peut citer d'autres décisions qui, allant plus loin encore, ne prononcent la conversion au profit du défendeur que s'il prouve qu'une demande reconventionnelle, intentée par lui lors de la première instance, aurait eu quelque chance d'être accueillie (3).

(1) Trib. Versailles, 27 avril 1885; *Droit* du 30 août 1884; — Trib. Seine, 19 novembre 1884, S. 85, 2, 65; — Arras, 24 décembre 1884; *France judiciaire*, 85, 2, 189; — Sens, 4 décembre 1884; *France judiciaire*, 85, 2, 104; — Douai, 5 février 1885, S. 85, 2, 65; — Cour Martinique, 21 février 85, S. 85, 2, 65; — Paris, 21 janv. 1886, S. 87, 2, 429.

(2) V. nos 46 et suiv.

(3) Trib. Lorient, 19 novembre 1884; *Gazette du Palais*, 84, 1, 732; Lyon, 8 janvier 1885; *Droit* du 7 février; — Douai, 5 février 1885; *Gazette du Palais*, 85, 1, 317; — Poitiers, 15 décembre 1885; *Gazette du Palais*, 86, 1, 123; — Paris, 17 décembre 1885; *Gazette du Palais*,

196^{bis}. — Souvent, les tribunaux n'examinent pas ces sortes de questions; ils invoquent des considérations morales et recherchent dans quel but l'ancien défendeur réclame la conversion. Est-ce pour contracter un second mariage honteux? La demande sera rejetée. Est-ce au contraire dans un but louable, par exemple pour régler une situation dont il montre les côtés fâcheux? La conversion sera prononcée. On ne s'occupe donc pas ici de la gravité de ses torts.

De même, certains tribunaux se demandent seulement si la conduite du défendeur après la prononciation de la séparation de corps est de nature à faire oublier ses torts antérieurs, quelque graves qu'ils aient été, et à légitimer le divorce (1).

On voit que le système de la moralité revêt, en jurisprudence, les formes les plus diverses, quand la demande est formée par l'ancien défendeur.

196^{ter}. — L'opinion contraire peut également revendiquer pour elle des décisions nombreuses (2), et il est

86, 1, 213; — Trib. Saint-Dié, 12 août 1886; *Gazette du Palais*, 86, 2, 497; — Trib. Compiègne, 20 août 1887; *France judiciaire*, 87, 2, 212.

(1) Bordeaux, 17 novembre 1884; *Gazette du Palais*, 85, 1, 127; — Toulouse, 12 décembre 1884; *Droit* du 22; — Orléans, 25 février 1885; *Gazette du Palais*, 85, 1, 506; — Limoges, 4 mars 1885; *Gazette du Palais*, 85, 2, 418; — Aix, 11 juin 1885; *Gazette du Palais*, 85, 2, 221. — Orléans, 4 novembre 1885; *Gazette du Palais*, 85, 1, 437; — Paris, 14 et 28 janvier 1886, 11 et 25 février 1886, 18 mars 1886, 8 avril 1886; *Droit* des 20 janvier, 3 et 27 février; *Gazette des Tribunaux* des 17 février et 7 mai 1886; *Loi* du 10 avril 1886.

(2) Trib. Blois, 20 août 1884; *Droit* du 20 septembre 1884; — Trib. Troyes, 27 août 1884 S. 85, 2, 65; — Trib. Marseille, 21 novembre 1884; *France judiciaire*, 85, 2, 129; — Trib. Macon, 25 novembre 1884, S. 85, 2, 65; — Rouen, 3 fév. 1885; *France judiciaire*, 85, 2, 313; — Trib. Seine, 5 mars 1885, S. 85, 2, 65; — Caen, 20 avril 1885; *Loi* du 24 mai 1885; — Pau, 9 août 1886, D. 87, 2, 204.

inutile de dire que la doctrine qui a adopté le système de l'utilité pratique l'a suivie presque en masse (1). Nous avons considéré ce système comme légal ; nous en admettrons donc les conséquences, et nous ne dirons pas, comme certains jugements, que c'est violer la loi que de refuser le divorce au défendeur qui n'invoque pas de faits nouveaux.

197. — Il faut avouer cependant que la première des deux opinions que nous venons d'exposer deviendrait bien douteuse, s'il fallait défendre au demandeur en conversion, quel qu'il soit, d'invoquer des faits nouveaux : refuser alors au défendeur le droit d'obtenir la conversion, ce serait le lui refuser dans tous les cas. Mais cette opinion est-elle bien exacte ? C'est ce que nous allons immédiatement examiner.

III. — *Faits nouveaux.*

198. — L'intérêt que peut avoir le demandeur en conversion à invoquer des faits postérieurs au jugement de séparation de corps n'est pas douteux.

On n'a qu'à supposer que la demande soit introduite par le défendeur en séparation devant un tribunal qui, partisan du premier des deux systèmes que nous examinons à l'instant, exige des faits nouveaux à l'appui d'une demande émanée de l'ancien défendeur.

Le demandeur en conversion, quel qu'il soit, peut également craindre que le tribunal ne considère pas

(1) Saint-Marc, n° 20 ; — Poulle, p. 498 ; — Coulon, Faivre et Jacob, *Manuel-Formulaire du divorce*, p. 474 ; — Goirand, *Traité du divorce*, p. 25 ; — Baudry, *Du divorce*, n° 169 ; — Vraye et Gode, *Traité du divorce*, p. 700 ; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 215.

comme suffisants les faits qui ont donné lieu à la séparation de corps.

Le demandeur en conversion pourra-t-il, dans le premier cas, invoquer des causes de divorce émanant du demandeur en séparation, et postérieures au jugement de séparation? Pourra-t-il, dans la seconde hypothèse, se prévaloir des torts de son conjoint?

199. — La jurisprudence paraît considérer l'affirmative comme indiscutable; la question est plus controversée en doctrine.

Certains auteurs ont prétendu que des faits nouveaux ne peuvent être mis en avant à l'appui d'une demande en conversion (1); d'autres, faisant une distinction (2), ont adopté la même opinion lorsque les faits postérieurs sont invoqués pour donner plus de force aux faits antérieurs qui ne suffisent pas, mais ont permis l'allégation de faits nouveaux comme élément d'appréciation.

200. — Aucune de ces deux opinions n'est exacte, à notre avis, et nous croyons que le juge devant lequel est portée une demande en conversion peut, sans aucune distinction, se baser sur des faits postérieurs à la séparation.

Qu'il puisse le faire pour aider son pouvoir d'appréciation, cela ne nous paraît pas douteux : nous avons montré combien est large le pouvoir du juge; nous avons dit notamment qu'il peut refuser la conversion au défendeur, lorsqu'aucun fait nouveau n'aura été invoqué : c'est donc qu'il peut aussi admettre et même exiger des faits nouveaux pour user de son pouvoir

(1) Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 215.

(2) Labbé, S. 86, 1, 193.

d'appréciation. Nous croyons également que le tribunal peut s'aider de faits nouveaux pour appuyer les faits antérieurs, s'il ne juge par ces derniers faits assez graves. Notre démonstration sur ce point est, à vrai dire, à peu près faite. Nous avons montré (1) que le juge peut considérer la séparation de corps comme se basant sur des faits qui ne sont pas suffisants pour motiver le divorce; à moins de lui défendre de prononcer la conversion lorsqu'il aura fait cette déclaration, — ce qui introduirait dans l'article 310 une exception qui ne s'y trouve pas, — il faut permettre au juge d'admettre la preuve de faits postérieurs; au fond, d'ailleurs, il est facile de voir que ce second cas n'est pas différent du premier; c'est toujours pour user de son pouvoir d'appréciation que le juge admet les faits postérieurs; peu importe qu'il les ajoute aux faits antérieurs ou s'en serve seulement pour estimer la valeur de ceux-ci.

201. — On objectera en vain à notre solution que le jugement rendu sera alors un jugement de revision et non un jugement de conversion: le juge, peut-on dire, qui s'aide de faits postérieurs use de son pouvoir d'appréciation en dehors des limites où la loi peut l'admettre, puisqu'il vient déclarer que le jugement de séparation ne motivera pas la conversion et que des faits postérieurs sont peut-être plus puissants que ceux qui ont entraîné la séparation.

Il pourra même, ajoutera-t-on, réformer complètement le jugement de séparation, déclarer que le de-

(1) Nos 491 et 492.

mandeur en séparation a. depuis, commis des torts graves envers son conjoint et prononcer le divorce au profit de celui-ci. Où subsiste alors l'idée de conversion qui est le fondement de l'art. 310 ? Certes, le pouvoir d'appréciation existe, mais il ne saurait permettre au juge de modifier les effets du jugement de séparation, en prononçant le divorce au profit de celui contre qui a été prononcée la séparation, et réciproquement.

202. — Nous convenons que cette objection serait difficile à réfuter si nous permettions au tribunal, conformément à l'opinion générale, de prononcer la conversion au profit de l'ancien défendeur en séparation ; mais nous nous proposons immédiatement de démontrer que la conversion ne peut être prononcée qu'au profit de l'ancien demandeur ; on ne peut donc pas dire que le pouvoir que nous accordons au juge lui permette de reviser et même de modifier le premier jugement.

IV. — *Au profit de qui la conversion peut être prononcée.*

203. — On admet généralement que le tribunal peut, à son choix, prononcer le divorce, soit au profit de l'ancien demandeur, soit au profit de l'ancien défendeur en séparation, si tous les deux demandent la conversion, l'un par demande principale et l'autre par demande reconventionnelle. On convient cependant que, si aucun fait nouveau ne s'est produit, la conversion doit être prononcée au profit de l'ancien demandeur (1).

(1) Saint-Marc, n° 35 ; — Trib. Marseille, 15 novembre 1884, *France judiciaire*, 85, 2, 128 ; — Trib. Seine, 21 décembre 1884 ; *France judi-*

On paraît même croire que si la conversion est demandée uniquement par l'une des parties, quelle qu'elle soit, le divorce doit être prononcé à son profit.

Les auteurs qui expriment cette doctrine la fondent sans doute sur le pouvoir d'appréciation accordé par la loi aux juges; s'ils peuvent à leur gré admettre ou rejeter la demande, à plus forte raison, disent-ils, ont-ils le droit de prononcer le divorce au profit de l'un ou de l'autre des époux, tous deux demandeurs en conversion. Lorsque la demande est formée par une seule des parties, ils doivent le prononcer au profit de cette partie : cela va de soi si cette partie est l'ancien demandeur en séparation; si c'est l'ancien défendeur, il faut encore admettre la même solution, car, comment pourrait-on prononcer le divorce au profit d'une personne qui ne le demande pas? Les règles de la procédure veulent qu'on ne puisse adjuger à une partie autre chose que ses conclusions; elles s'opposent, à plus forte raison, à ce que le bénéfice de l'instance soit accordé à une personne qui n'y a pas figuré.

204. — Quant à la jurisprudence, il est difficile de l'analyser; car si beaucoup de décisions judiciaires supposent l'exactitude de l'opinion que nous venons d'exposer, aucune d'elles n'a eu à statuer sur la question qui n'a jamais été directement soumise aux tribunaux. Il nous suffira de dire que la Cour de cassation elle-même ne met pas en doute ce droit des tribunaux.

205. — Malgré le nombre et l'autorité des partisans

ciaire, 85, 2, 189; — Pau, 9 août 1886, D., 87, 2, 204; — Trib. Compiègne, 20 avril 1887; *France judiciaire*, 87, 2, 212; *Loi* du 24 novembre 1887; *Droit* du 1^{er} mai 1887.

de cette doctrine, nous ne la croyons pas exacte; notre avis est, au contraire, que la conversion existera de plein droit au profit de l'ancien demandeur, et, par conséquent, que le tribunal n'aura le droit, sous aucun prétexte, de la prononcer au profit de l'ancien défendeur; son seul rôle sera, une fois le droit à la conversion constaté, de la prononcer au profit de l'ancien demandeur, ou même de la prononcer purement et simplement, l'effet en dérivant de la loi.

Le pouvoir discrétionnaire que la loi accorde aux tribunaux a un tout autre objet : ils sont chargés de voir, — en s'appuyant sur les motifs que nous avons déterminés (1), — si la conversion est opportune. Leur droit d'appréciation existe donc quant aux causes de la conversion, mais rien ne permet de croire qu'il existe également quant à ses effets.

206. — Il est certain que, sous l'empire du Code civil, le juge n'aurait pas été en droit de prononcer la conversion au profit du défendeur ou au profit des deux parties; il était dans l'obligation d'admettre la conversion purement et simplement, et les effets du divorce ainsi obtenu étaient déterminés, au profit de l'ancien demandeur en séparation, par les textes généraux. Le juge pouvait encore, sans difficulté, prononcer la conversion au profit de l'ancien demandeur : c'était là une simple redondance, sans aucune conséquence pratique.

Or, en quoi l'article 310 a-t-il été modifié? En ce que le juge a le droit, pour des motifs qui ne dépendent que de sa conscience, d'admettre ou de rejeter la de-

(1) V. nos 185 et suiv.

mande. Mais ce pouvoir discrétionnaire a-t-il été étendu, par une disposition formelle ou implicite, aux effets mêmes de la conversion? Non, certainement. Pourquoi donc alors suppléer au silence de la loi et accorder au juge une faculté qui ne lui a pas été conférée par le législateur?

Nous avons déjà fait remarquer combien le pouvoir discrétionnaire est contraire soit à l'esprit général du Code civil, soit aux principes qui régissent la législation du divorce. C'est une raison de plus pour ne pas l'étendre aux effets de la conversion, alors que la loi ne l'admet que pour les conditions.

207. — Mais, objecte-t-on, c'est une maxime applicable au Droit comme à la nature que : *qui peut le plus peut le moins*. Le juge peut rejeter la demande, il peut donc aussi ne l'admettre que sous certaines conditions.

Cet argument est bien dangereux, et il conduirait, suivi logiquement, à des conséquences manifestement inadmissibles. Dira-t-on que le juge, saisi d'une demande en divorce, pourra prononcer la séparation de corps (1)? Dira-t-on surtout que le juge saisi d'une demande en divorce, qu'il peut, on le sait, admettre ou rejeter, aura le droit d'en scinder les effets?

Un exemple fera mieux comprendre notre pensée : l'un des époux demande le divorce pour injure grave ; le tribunal, tout en convenant que l'injure invoquée est suffisante, ne la juge pas cependant assez sérieuse pour motiver la perte des libéralités que subit, aux termes de l'art. 299, l'époux défendeur. En conséquence, il

(1) La Cour de cassation ne permet même pas aux parties de demander le divorce et subsidiairement la séparation de corps. Cass., 30 juin 1886, S., 86, 1, 401. — Voy. aussi Planio!, *Revue critique*, 1887, p. 707 ; — V. au surplus, n° 193, note.

prononce le divorce, mais en refusant d'admettre cette déchéance : le jugement sera-t-il valable ?

On n'osera jamais soutenir l'affirmative. Le tribunal ne peut pas plus exclure l'un des effets du divorce qu'il ne pourrait, en admettant la résolution d'une vente, laisser subsister les hypothèques consenties par l'acquéreur (art. 2125) ; qu'il ne pourrait, en reconnaissant l'existence d'une substitution prohibée, maintenir la disposition principale sous prétexte de bonne foi (896). Nous avons choisi nos exemples, que nous pourrions d'ailleurs multiplier à l'infini, dans des matières très différentes de celle que nous exposons, afin de montrer que nous avons affaire à un principe absolument général dont il importe de ne s'écarter sous aucun prétexte.

208. — Et c'est pourtant à la méconnaissance de ce principe qu'on arriverait en étendant le pouvoir d'appréciation du juge aux effets de la conversion : la conversion aboutit à un divorce, les effets de ce divorce sont réglés par la loi : il en est résulté notamment que l'époux, au profit duquel a été prononcée la séparation, garde les avantages qui lui ont été faits par son conjoint (1), et il sera loisible au tribunal, en prononçant la conversion contre lui, de l'en priver !

Le permettre, c'est faire du jugement de conversion un véritable jugement de revision ; c'est permettre au juge de revenir sur la décision adoptée par le jugement de séparation et en détourner les effets, alors que le

(1) Art. 300. Nous ne raisonnons pas sur l'hypothèse contraire prévue par l'art. 199 ; car, d'après la jurisprudence, le défendeur en séparation a perdu définitivement le bénéfice des libéralités qui lui avaient été faites par son conjoint ; le jugement de conversion ne peut donc rien modifier sur ce point. — V. *infra*, n° 522.

jugement de conversion doit simplement rendre ces effets plus pleins.

209. — Que devient, nous objectera-t-on peut-être, votre décision sur les faits nouveaux ? Vous permettez au juge saisi d'une demande en conversion formée par le défendeur d'admettre les faits avancés par ce dernier, et qui constituent autant de torts commis par l'ancien demandeur en séparation ; ces torts sont cent fois plus considérables peut-être que ceux du défendeur, et c'est contre celui-ci que vous forcez le tribunal à prononcer la conversion ? Votre opinion pouvait se soutenir sous le Code civil, où le défendeur seul avait la faculté de demander la conversion ; il lui restait du moins la ressource de s'abstenir. Mais aujourd'hui, que le demandeur en séparation peut être demandeur en conversion, vous le récompensez de son cynisme et de ses injures en exigeant que le divorce soit, dans tous les cas, prononcé à son profit.

210. — Si l'on élevait cette objection, on oublierait que les tribunaux tiennent, par leur pouvoir discrétionnaire, le correctif de cette situation : ils n'ont qu'à refuser la conversion.

Cette remarque mise à part, le défendeur en séparation n'est pas dépourvu de toute protection ; rien ne l'empêche, nous le démontrerons plus tard, de former, s'il s'est produit des faits ultérieurs, une véritable demande en divorce : il obtiendra les résultats auxquels la doctrine que nous combattons lui permet d'arriver, et il les obtiendra légalement.

Il reste à prévoir une dernière objection : le tribunal ne peut prononcer le divorce au profit d'une personne qui n'est pas partie à l'instance, puisqu'il n'a pas le

droit d'adjuger des condamnations qui n'ont pas été demandées.

Les développements qui précèdent suffisent, croyons-nous, pour répondre à cette objection : le tribunal n'a à prononcer le divorce au profit de personne ; il déclarera simplement que le jugement est converti, et on s'adressera à la loi pour connaître les effets de cette conversion.

211. — L'opinion contraire nous paraît dériver d'une confusion entre deux points de vue absolument distincts : le jugement ne peut être prononcé, nous en convenons, qu'à *la requête* du demandeur en conversion ; mais s'ensuit-il qu'il doive être prononcé *à son profit* ? La question est toute différente (1).

Si donc la conversion est demandée par l'ancien défendeur, c'est nécessairement à sa requête qu'elle sera prononcée ; si elle est demandée par les deux parties, agissant l'une principalement, l'autre par voie de demande reconventionnelle, elle sera poursuivie à la requête de toutes deux. Mais, dans un cas comme dans l'autre, les effets sont déterminés par la loi.

212. — On peut trouver, pour cette distinction, un appui dans un arrêt de la Cour de Paris (2) qui permet de prononcer la conversion à la requête des deux époux, mais au profit du demandeur seul ; notre doctrine consiste simplement à substituer à cette faculté du juge une obligation pour lui.

213. — Nous n'avons pas à déterminer pour le mo-

(1) V. n° 473.

(2) Paris, 21 janvier 1886, S., 86, 2, 429. Cet arrêt adopte d'ailleurs, sur la question dont nous nous occupons, l'opinion que nous venons de combattre.

ment les conséquences du système que nous proposons : elles seront étudiées à mesure que l'occasion s'en présentera, et notamment quand nous arriverons aux effets de la conversion (1). Nous avons, d'ailleurs, indiqué la plus importante d'entre elles (art. 300).

§ 4. — RÔLE DE LA COUR DE CASSATION.

214. — Les développements qui composent les deux paragraphes précédents suffisent à montrer que le rôle de la Cour de cassation est minime : nous avons compris le pouvoir d'appréciation du juge de la manière la plus large ; la violation de la loi sera donc très rare.

215. — Il en aurait été autrement si le sens de l'article 310 avait été ce qu'il était sous le Code civil, le tribunal étant alors forcé de prononcer la conversion ; toute infraction à cette obligation aurait été suivie de cassation.

Aussi la Cour suprême a parfaitement compris son rôle, et on s'explique par là la coexistence d'arrêts rendus par elle, dont les uns approuvent certaines interprétations, alors que les autres considèrent comme légales les interprétations directement contraires.

216. — C'est ainsi qu'elle a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui déboutait de sa demande le défendeur en séparation par le motif qu'il n'invoquait aucun fait nouveau (2) ; en sens inverse, on la voit approuver une décision absolument opposée (3).

(1) V. *infra*, nos 467 et suiv., 522 et suiv., et notamment le n° 528

(2) Req. 29 mai 1886, S. 86, 4, 405, D. 86, 4, 355.

(3) Civ. 12 août 1885, S. 86, 4, 493.

217. — La Cour de cassation reconnaît également que le juge a fait un usage légal de son droit d'appréciation, en refusant la conversion parce que l'un des époux est âgé et infirme (1). Nul doute qu'elle n'approuve aussi la solution contraire qui est incontestablement plus morale.

218. — Enfin, elle maintient un arrêt qui, pour accorder la conversion, se base sur ce que le rejet doit être l'exception et sur ce que le divorce est préférable à la séparation (2), et pourtant il est bien certain que la Cour de cassation admettrait également la décision opposée, puisqu'elle a pris soin de déclarer que le motif invoqué était faux.

219. — Nous ne croyons même pas que la Cour régulatrice ait encore, par un arrêt de cassation, désapprouvé en quoi que ce soit l'usage fait par les juges de leur pouvoir d'appréciation.

Est-ce à dire que les arrêts ne doivent jamais être cassés? Nous ne le pensons pas, et nous allons indiquer plusieurs hypothèses où, selon nous, le contraire se produira.

220. — On a prétendu tout d'abord que, dans le cas où un tribunal rejetterait la demande parce que les faits qui avaient donné lieu à la séparation de corps ne lui paraîtraient pas présenter une gravité suffisante, sa décision encourrait la censure de la Cour de cassation.

Nous en avons dit assez pour refuter cette doctrine (3). Quoique la décision dont nous parlons ait paru

(1) Req. 3 mai 1886, S. 86, 1, 406.

(2) Civ. 12 janvier 1887, D. 87, 1, 160.

(3) V. nos 189 et suiv.

à quelques-uns (1) constituer une violation de la chose primitivement jugée, elle nous semble inspirée par une exacte interprétation des motifs de l'article 310; nous avons vu d'ailleurs que le rapporteur de la commission du Sénat paraît considérer l'hypothèse dont nous parlons comme étant la principale de celles où le tribunal pourra rejeter la demande en conversion.

Il est vrai qu'un autre orateur (2) a déclaré formellement devant le Sénat qu'un jugement de ce genre serait cassé; mais si l'on remarque que cet orateur est le promoteur de la loi sur le divorce, si l'on se souvient que l'art. 310 est tout à fait opposé à l'esprit de cette loi, si l'on sait que ce même orateur a proposé, avant et depuis, d'imposer au juge l'obligation de prononcer la conversion, son discours aura peu d'autorité (3).

221. — Le juge pouvant user de son droit d'appréciation comme il l'entend, il n'existe, à notre avis, que deux hypothèses où la Cour de cassation pourra exercer son droit de contrôle : celle où le juge aura refusé d'user de son pouvoir d'appréciation; et celle où il aura étendu ce pouvoir à des points pour lesquels il ne lui est pas accordé.

222. — Il peut se faire tout d'abord que le juge prononce le divorce en se basant sur l'idée qu'aucun pouvoir d'appréciation ne lui est accordé.

Si invraisemblable que soit cette hypothèse, elle s'est présentée; mais la Chambre des requêtes (4) a déferé

(1) Trib. Blois, 27 décembre 1884, S. 85, 2, 67; — Saint-Marc, n° 18.

(2) Naquet (*Journal officiel*, Débats parlementaires, Sénat, mai 1886, p. 76).

(3) Voyez, dans le sens de notre opinion, Labbé, S. 86, 1, 493; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 742.

(4) Arrêt du 14 décembre 1887; *Droit* du 15; *Loi* du 17.

à la Chambre civile l'arrêt (1) qui avait admis cette singulière doctrine, et nous ne doutons pas qu'il ne soit cassé : c'est, en effet, violer la loi par fausse interprétation que de se prétendre obligé à décider en un certain sens, alors qu'on a le droit d'adopter la solution complètement opposée.

223. — Notons que ce cas se distingue peu d'une hypothèse voisine, qui se présentera sans doute plus fréquemment, et où pourtant la Cour de cassation, ainsi que nous l'avons vu plus haut (2), ne s'est pas reconnu le droit d'intervenir : c'est celle où le juge admet la conversion en se fondant sur ce que le rejet de la demande doit être exceptionnel. Ces deux sortes de décisions judiciaires paraissent inspirées par une interprétation commune, mais la formule est différente, et il n'en faut pas davantage pour entraîner une diversité dans les solutions.

224. — Nous avons cité comme second cas de cassation celui d'une décision qui userait du droit d'appréciation pour un objet où la loi ne l'admet pas. Nous faisons allusion à notre doctrine sur le point de savoir au profit de quelles personnes peut être prononcée la conversion : nous avons cru devoir soutenir que le juge n'a pas le droit de régler les effets de la conversion qui ne dépendent que de la loi (3). Si donc le juge prononce la conversion au profit du défendeur en séparation, sa décision devra être cassée pour violation de la loi, car il aura étendu son droit d'appréciation

(1) Bourges, 12 janvier 1887. *Ibid.*

(2) V. n° 219.

(3) V. nos 203 et suiv.

aux effets de la conversion. Nous croyons inutile de rappeler que si le juge prononce la conversion au profit du demandeur en séparation, cette partie du dispositif sera surabondante et par suite n'entraînera pas la cassation.

Nous répétons d'ailleurs que notre opinion est opposée au système suivi par la doctrine et par la jurisprudence; aussi, l'hypothèse que nous signalons ne motivera-t-elle jamais, dans la pratique, un arrêt de cassation.

224^{bis}.— Il est inutile de dire en terminant que la Cour suprême devra casser toute décision qui aura méconnu les conditions exigées dans les précédentes sections de ce chapitre : un tribunal ne peut, par exemple, prononcer la conversion, s'il n'y a pas eu séparation de corps ou si la séparation n'a pas duré trois ans (1).

§ 5. — CRITIQUES DIRIGÉES CONTRE LE POUVOIR DES
TRIBUNAUX. — MODIFICATIONS PROPOSÉES.

223.— Toutes les observations qui composent cette section se résument en une critique du pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

A quelque point de vue que nous nous soyons placé, nous avons dû regretter l'existence dans nos lois d'une telle disposition.

Si l'on considère les principes généraux du Code civil, l'art. 310 les met en échec : le législateur du Code civil a écarté le pouvoir discrétionnaire des tribunaux avec un tel soin, qu'il l'a rejeté dans bien des cas où il aurait été bon de l'admettre (2), et la loi du 27 juillet

(1) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 205.

(2) V. nos 161 et 162.

1884 l'a admis dans une hypothèse où il ne peut se justifier, montrant ainsi, après tant d'autres expériences (1), combien il est dangereux de modifier nos lois par fragments sans s'inquiéter de la discordance qui en résulte.

226.—L'art. 310 n'est pas moins en désaccord avec la législation du divorce qui s'inspire d'un esprit tout opposé : autant le législateur paraît préférer en général le divorce à la séparation de corps, autant il semble mettre, dans l'art. 310, la séparation au-dessus du divorce : il encourage donc d'un côté et décourage de l'autre.

227. — La situation actuelle est défavorable aux époux et aux enfants.

(1) Il ne manque pas, parmi les lois votées dans ces dernières années, d'exemples pour démontrer qu'en modifiant un ou plusieurs articles du Code, les Chambres ont eu tort de ne pas remarquer qu'elles détruisaient l'unité de la législation et introduisaient notamment des distinctions là où il n'en existait pas.

Le Code civil soumettait aux mêmes règles les mineurs émancipés; la loi du 27 février 1880 les distingue au point de vue de la capacité relative à l'aliénation des valeurs mobilières en deux et même trois catégories; et comme cette distinction n'a qu'un objet tout spécial, elle laisse subsister l'ancienne unité à tous les autres points de vue; cette même loi néglige de régler la situation de l'héritier bénéficiaire qui se trouvait, antérieurement, soumis aux mêmes règles que les mineurs (V. Planiol, *Revue critique*, 1882; — Cass. 4 avril 1881, S. 81, 1, 207, et 13 août 1883, S. 84, 1, 177; — Lyon-Caen, S. 84, 1, 177).

Le projet de loi dont nous aurons à reparler (n^{os} 537, note) sur la capacité de la femme séparée de corps introduit également des distinctions dans le texte général de l'article 1449.

La femme mariée sous tout autre régime que la séparation de biens obtient même une sorte de capacité spéciale par la loi du 9 avril 1881, art. 655, *sur les caisses d'épargne postales* (V. cep. Planiol, *Revue critique*, 1882), et celle du 20 juillet 1886, relative à la *caisse des retraites sur la vieillesse*.

Les époux ne sauront jamais s'ils ont quelque chance d'obtenir la conversion; ils vivront dans une incertitude absolue. Repoussés une première fois dans leur demande, ils l'intenteront une seconde (car nous verrons (1) qu'il est impossible de leur refuser le droit de renouveler le débat), et espéreront qu'à force de procès, ils fléchiront le mauvais vouloir des tribunaux.

Les enfants souffriront soit de cet état d'incertitude, soit de cette multitude de procès: les époux, tant qu'ils ne connaîtront pas leur situation définitive, négligeront l'intérêt des enfants. Ils reporteront peut-être sur ceux-ci une partie de la haine réciproque qu'augmentera en eux le retour de ces instances. Les questions irritantes qui s'y débattront, les insinuations qui s'y produiront retomberont sur les enfants par la souillure qui rejaillira sur leur nom.

228. — La disparition de la solution mixte de l'article 310 ne laisserait le choix qu'entre deux solutions: obliger le tribunal à admettre la demande, le forcer à la rejeter.

Nous avons montré dans notre introduction que cette dernière solution serait, en législation, la meilleure.

Si, avec l'opinion aujourd'hui dominante, on reconnaît la légitimité de la conversion, nous croyons qu'il serait bon de forcer le tribunal à l'admettre. Nous ne voudrions même pas qu'on revînt, comme on l'a proposé (2), au système du Code civil, et qu'on permît au demandeur en séparation d'arrêter l'action du défendeur en offrant de

(1) Nos 477 et suiv.

(2) Saint-Marc, n° 24.

reprendre la vie commune; une telle faculté n'aurait à notre avis que des résultats nuisibles. Le défendeur déjà aigri par la séparation ne pardonnerait pas au demandeur d'avoir entravé son action; de là des froissements, des querelles, des haines qui empoisonneraient la vie commune et qui bientôt appelleraient comme seul remède le divorce. Or, il est de tout avantage, si cette solution doit s'imposer, qu'elle ait lieu immédiatement.

229. — Les critiques qui ont été adressées à l'art. 310 sont, chose étrange, antérieures à l'existence de cette disposition : l'accepter à titre de transaction, n'est-ce pas dire qu'elle n'est pas satisfaisante? Le promoteur de la loi sur le divorce, en parlant quelque part (1) des concessions qu'il a fallu admettre, fait évidemment allusion à l'article 310; et c'est également sans doute la pensée du rapporteur de la Chambre (2), lorsqu'il avoue les nombreuses imperfections de la loi de 1884.

250. — Aussi les propositions de réformes législatives ne se sont pas fait attendre.

Moins de deux ans après la promulgation de la loi de 1884, l'honorable sénateur auquel nous sommes redevables du rétablissement du divorce déposait un projet de loi où le § 1 de l'article 310 se trouvait remplacé par la disposition suivante (nous laissons de côté pour le moment les autres innovations de ce projet) :

« Au bout de trois ans, le jugement sera converti si l'un des époux le demande. »

(1) Naquet, Préface à l'ouvrage de MM. Botton et Lebon (*Commentaire de la loi de 1884*).

(2) Letellier, Préface à l'ouvrage de M. Carpentier (*Traité du divorce*).

Ce projet, après avoir été pris en considération par le Sénat, fut rejeté par lui à une majorité de vingt et une voix, le 23 octobre 1886.

La même semaine, il fut repris à la Chambre (1), mais malgré les efforts du déposant, l'urgence (2) ne fut pas prononcée et le projet de loi fut renvoyé à la commission d'initiative (3).

Nous craignons que les mêmes influences qui ont déterminé l'adoption de l'art. 310 ne s'opposent à sa modification, quoique la commission d'initiative l'ait admise le 25 janvier 1888, et nous déplorons le maintien d'une solution aussi préjudiciable à tous les intérêts.

§ 6. — CONDITIONS SUPPRIMÉES PAR LA LOI DU
27 JUILLET 1884.

251. — Le Code civil qui, on s'en souvient, n'accordait le droit de demander la conversion qu'au défendeur, soumettait cette faculté à deux restrictions : qu'il n'y eût pas adultère de la femme, que l'ancien demandeur ne consentît pas à faire cesser immédiatement la séparation. L'absence de la première de ces conditions empêchait la demande d'être accueillie ; l'offre, par l'ancien demandeur, de reprendre la vie commune, éteignait l'instance.

252. — On n'aurait pu maintenir l'impossibilité de convertir la séparation de corps motivée par l'adultère de la femme qu'en étendant cette impossibilité au cas d'adultère du mari : aujourd'hui, en effet, ces deux

(1) Par M. Saint-Martin (Séance du 28 octobre 1886).

(2) Sur les observations de M. Jolibois.

(3) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1887, p. 207.

adultères sont, à l'égard de la loi du divorce, entièrement assimilés (art. 229-230).

D'un autre côté, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux rendait cette restriction inutile : le juge décidera souverainement si l'époux dont l'adultère aura motivé la séparation mérite d'obtenir la conversion de la séparation.

Nous croyons même que la suppression de cette condition devra persister, si on enlève aux tribunaux leur droit d'appréciation. Nous ne voyons pas quelles bonnes raisons il peut y avoir, pour soumettre à un régime spécial la séparation de corps résultant de l'adultère ; les motifs, insuffisants selon nous, qui, aux yeux du législateur, justifient la conversion et qui dérivent surtout des conséquences fâcheuses de la séparation, s'appliquent ici avec autant de force qu'ailleurs, et l'époux adultère est suffisamment puni par les déchéances que lui a infligées la séparation de corps et que le divorce maintient ou aggrave.

235. — Quant à la seconde des suppressions opérées par la loi du 27 juillet 1884, il est à peine utile d'indiquer les motifs qui nous la font approuver : les parties ne doivent pas être à la discrétion l'une de l'autre, et, d'ailleurs, une réunion opérée dans ces conditions ne pourrait avoir que des résultats désastreux.

CHAPITRE III

Procédure en matière de conversion.

SECTION PRÉLIMINAIRE

La procédure du divorce s'applique-t-elle à la conversion?

§ 1. — SOUS L'EMPIRE DU CODE CIVIL.

254. — Au lieu d'adopter en matière de divorce les règles ordinaires de procédure, le législateur du Code civil avait édicté des principes spéciaux qui formaient le chapitre II du titre du divorce, et qu'il est nécessaire de rappeler, en raison de la question que nous traiterons dans un instant.

Des différences essentielles séparaient cette procédure de celle qui était obligatoire dans les instances en général, et le but de la plupart de ces dissemblances était de rendre le divorce difficilement accessible, ou du moins d'inviter la partie qui le demandait à réfléchir sur l'importance de la décision judiciaire qu'elle sollicitait.

255. — La citation en conciliation, qui précède d'ordinaire les procès, n'existait pas, mais en revanche deux comparutions étaient imposées au demandeur devant le président du tribunal civil : la première était une sorte de comparution unilatérale, c'est-à-dire que l'époux défendeur n'y assistait pas ; la seconde, au contraire,

était, en principe, contradictoire et constituait, à proprement parler, la tentative de conciliation.

Si la conciliation avait lieu, tout était terminé; si le président la jugeait impossible, il pouvait soit accorder la permission de citer immédiatement devant le tribunal, soit suspendre cette permission pendant un délai qui ne pouvait excéder vingt jours.

236. — Une première séance du tribunal était consacrée à l'audition des parties et à l'indication des témoins. Aucune décision définitive ne pouvait, contrairement au droit commun, y être prise, et le tribunal fixait le jour d'une audience publique à laquelle il renvoyait les parties.

Dans cette audience, la demande en divorce pouvait être rejetée; en sens inverse, le divorce pouvait être prononcé immédiatement si les faits étaient suffisamment établis; mais le tribunal pouvait aussi se borner à admettre la demande en divorce, c'est-à-dire à permettre au demandeur de prouver les faits sur lesquels il s'appuyait.

Les règles de l'enquête destinée à aboutir à la preuve des faits étaient soigneusement déterminées : elle se faisait à huis clos, devant le tribunal, en présence du Ministère public, des parties et de trois personnes amenées par chacune des parties.

237. — Après quoi, le tribunal renvoyait les parties en audience publique. Mais il n'était pas encore obligé, du moins quand la demande en divorce était formée pour excès, sévices ou injures graves, d'accueillir les prétentions du demandeur : il pouvait imposer une année d'épreuve aux parties, c'est-à-dire les obliger durant ce temps à un domicile séparé; si l'expiration du délai

trouvait les époux dans les mêmes sentiments, le tribunal était forcé de prononcer le divorce.

238.—Telle était, d'une manière générale et dépouillée des solutions de détail, la procédure en vigueur sous le Code civil lorsqu'on voulait arriver au divorce. Une seule exception y était apportée : quand le divorce était demandé pour condamnation de l'un des époux à une peine infamante (1), on n'avait qu'à présenter une expédition de l'arrêt de condamnation avec d'autres pièces indiquées par l'art. 261, et le tribunal devait prononcer le divorce sans avoir le droit, ni d'apprécier, ni de surseoir.

239. — Il est facile de voir qu'à part ce dernier cas, le divorce était environné de formalités nombreuses : au lieu d'un essai de conciliation, deux comparutions successives devant le président ; au lieu d'un jugement, trois ou quatre ; audition des parties à huis clos, audition des témoins en séance publique, prononciation du divorce souvent précédée d'un jugement de sursis.

240. — Et ce n'était pas encore tout : le jugement émanant du tribunal n'était pas définitif si le divorce n'était pas prononcé sur la réquisition du demandeur, et dans le délai de deux mois, par l'officier de l'état civil.

Si, à cela, nous ajoutons les délais de recours, tous suspensifs, y compris même, contrairement au droit commun, celui en cassation, on voit qu'il pouvait se passer des années avant que le divorce fût obtenu.

241. — Au contraire, la procédure de la séparation de corps ne différait que par des points peu importants de celle du droit commun (art 875 à 880 C. pr.).

(1) Sous la loi de 1884, *afflictive et infamante*.

La question se posait alors de savoir si la procédure de la conversion suivait le droit commun ou s'il fallait lui appliquer les principes spéciaux de la procédure du divorce.

Quoique ce point n'ait guère été étudié d'une manière générale, et qu'on se soit contenté de discuter chaque question particulière (1), c'est la première opinion qui paraissait rallier le plus de suffrages, et qui l'aurait sans doute emporté si le divorce n'avait pas été supprimé.

242. — On faisait remarquer en ce sens que la procédure du divorce était une exception au droit commun : or, il est de doctrine incontestée qu'une exception ne peut s'étendre même aux cas absolument analogues. On ajoutait qu'il était loin d'y avoir une analogie complète entre le divorce et la conversion : le divorce a pour but de séparer des époux unis, de rompre complètement un mariage absolument formé ; il était naturel que le législateur, mu par les principes du christianisme et les inconvénients d'une dissolution opérée sur un moment de colère ou un caprice peu durable, invitât les parties à réfléchir pour les obliger à ne pas prendre à la légère une grave résolution, multipliât les formalités.

Toute autre, pour ces auteurs, devait être la conversion : la séparation de corps prononcée entre les époux, les trois années qu'ils avaient passées en état de séparation prouvaient qu'aucune réconciliation n'était possible ; à quoi bon les inviter à réfléchir, puisqu'ils avaient réfléchi durant plusieurs années ? A quoi bon multiplier

(1) Aussi ne citons-nous pour le moment aucune autorité.

des formalités qui n'auraient servi qu'à aigrir des sentiments déjà peu affectueux ?

243. — On croyait trouver aussi dans les textes mêmes des codes un argument invincible à l'appui de cette opinion : les articles 234 à 274 réglaient soigneusement toutes les formalités relatives à la demande principale ; arrivé à la demande en conversion, l'article 310, loin de parler de ces mêmes formalités, ne dit pas un mot de la procédure, ce qui est une preuve certaine de l'application du droit commun.

De même, au Code de procédure, l'article 889 renvoyait au Code civil pour la procédure du divorce ; il ne disait rien de la procédure de la conversion ; la conclusion n'en découlait-elle pas logiquement ?

244. — Enfin, on prétendait qu'il était matériellement impossible d'appliquer toutes les formalités du divorce. Quel aurait pu être le sens de l'enquête, puisque l'instance en séparation de corps avait déjà prouvé les faits ? Comment expliquer le droit du tribunal de remettre, en imposant un temps d'épreuve, son jugement à un an (1), puisque l'écoulement d'une période de trois ans avait constitué un temps d'épreuve plus considérable ?

245. — Nous croyons avoir fortifié plutôt qu'affaibli l'argumentation de la doctrine que nous venons d'exposer ; malgré l'importance de ces motifs, nous croyons devoir soutenir l'opinion contraire.

246. — Il est vrai, dirons-nous, que la procédure spéciale du divorce est une exception au droit commun : aussi ne proposerons-nous jamais de l'étendre hors des

(1) Art. 260,

hypothèses prévues par la loi, par exemple à une demande en séparation de corps, ou à une demande en nullité de mariage.

Mais est-ce bien étendre la loi hors de ses termes que d'appliquer à la conversion ce qu'elle dit du divorce ? Quel est le but de la demande en conversion ? C'est d'obtenir le divorce. On voit que le résultat des deux actions est absolument le même ; qu'y-a-t-il d'étonnant à ce que les moyens d'y arriver soient également identiques ?

247. — Qu'importe, après cela, que la conversion remplace la séparation de corps, alors que le divorce succède à l'union complète ? Ce serait là, tout au plus, des arguments bons en législation, et qui ne pourraient prévaloir contre des textes qui ne distinguent pas. Encore y aurait-il, à ce point de vue, de graves objections à élever contre eux : le divorce est un état définitif sur lequel la volonté combinée des époux ne peut revenir : sous l'empire du Code civil (art. 295), il leur était même interdit de se remarier ; au contraire, la séparation de corps permettait un rapprochement ; c'est pour ce motif unique qu'elle avait été substituée au divorce.

Cette simple observation ne suffit-elle pas à justifier l'assimilation que nous venons d'établir entre la conversion et le divorce au point de vue de la procédure ? Qu'on ne nous dise pas que les nombreuses formalités de la procédure du divorce ont pour but d'inviter les parties à réfléchir, et que trois ans de séparation ont suffi pour permettre toutes les réflexions possibles. Ce serait, à notre avis, déplacer la question : ces trois ans ont été accordés aux époux pour qu'ils puissent se de-

mandersi la vie en commun peut recommencer, ou s'il vaut mieux au contraire aggraver encore la séparation ; mais les conséquences mêmes de cette aggravation ont-elles attiré leur attention ? Voilà qui n'est pas sûr ; les époux se sont vus plus libres, il n'ont peut-être pas considéré que leur état de division sera irréparable.

Telle est la considération qui, se présentant avec autant de force pour la demande en conversion que pour l'instance en divorce, a pu décider le législateur à n'admettre aucune distinction entre les deux demandes.

248. — Aussi les articles 234 et suivants s'exprimaient-ils en termes généraux, et, quant à l'art. 310, s'il est vrai qu'il ne prenait la peine d'étendre à la conversion aucune des formalités du divorce, il ne disait pas non plus le contraire ; il fallait donc appliquer le droit commun mais le droit commun en matière de divorce, puisqu'il s'agissait d'une demande en divorce.

Nous ferons la même réponse à l'argument tiré de l'article 881 du Code de procédure ; il ne renvoie, nous dit-on, au Code civil que pour la demande en divorce. Oui, mais la conversion étant un divorce, le renvoi s'applique à elle aussi bien qu'au divorce proprement dit.

249. — On nous objecte enfin qu'il est d'un évidente impossibilité d'appliquer à la procédure de la conversion certaines formalités du divorce ; nous verrons plus tard, en étudiant la procédure dans ses détails, si cette assertion est exacte (1) ; en la tenant même pour vraie, elle n'atténue pas la portée de notre argumentation ; si les principes généraux de la con-

(1) V. nos 268, 290 et suiv., 340, 344, 346, 362 et suiv., 408, 409, 451.

version empêchent l'application d'une règle du divorce, il est certain que rien n'empêche d'appliquer les autres règles, celles avec lesquelles ils ne se trouvent pas en opposition.

250. — Nous ferons remarquer, en outre, que s'il fallait écarter la procédure du divorce, on devrait la rejeter complètement pour appliquer sur tous les points le droit commun; or, il y a certaines règles de cette procédure du divorce que personne n'a pu proposer de rejeter.

L'article 263 (aujourd'hui l'article 248, § 6) nous disait, par exemple, que le pourvoi en cassation était suspensif; nous verrons plus tard (1) que cette disposition a été édictée pour empêcher un époux de se remarier après la prononciation d'un divorce dont la cassation ultérieure pourrait le rendre bigame. A-t-on jamais eu l'idée de soutenir que, si le divorce est prononcé à la suite d'une demande en conversion, cette disposition ne sera pas applicable?

251. — Il nous paraît donc prouvé que sous l'empire du Code civil, la procédure de la conversion empruntait ses principes à celle de la demande en divorce proprement dite.

§ 2. — SOUS L'EMPIRE DE LA NOUVELLE LÉGISLATION.

252. — Les termes du problème sont-ils aujourd'hui changés?

La loi du 27 juillet 1884 n'a pas modifié la procédure

(1) N° 409.

du divorce dont cependant les travaux préparatoires faisaient déjà prévoir la modification; mais le nouvel article 310 s'est occupé de la procédure en conversion pour laquelle il édicte certaines règles spéciales. On a essayé d'en conclure que ce changement donnait un appui à l'opinion que nous avons combattue : si l'article 310 adopte des formalités différentes de celles du divorce, c'est qu'il entend rejeter la procédure spéciale pour revenir à celle du droit commun.

La solution contraire nous paraît bien plutôt ressortir de l'article 310; il est à remarquer que toutes les formalités exigées par cet article diffèrent de celles du divorce et ont pour but en général de revenir au droit commun. Qu'en conclure sinon que, pour tout le reste, c'est la procédure du divorce qu'il faut appliquer?

233. — Nous en dirons autant des nouvelles modifications que la loi du 18 avril 1886 a introduites dans ce même article.

234. — La même loi de 1886 a gravement modifié — c'est son effet principal et presque exclusif (1) — la procédure générale du divorce.

Les formes de cette procédure ont été simplifiées, les délais diminués. On partait de l'idée fausse, — à notre avis, — qu'il fallait rapprocher, autant que possible, la procédure du divorce de la procédure ordinaire. On s'imaginait que si le Code civil avait rendu le divorce si long à aboutir, c'était d'abord parce que la procédure ordinaire de cette époque était très longue, et qu'on ne prévoyait pas les modifications que devait bientôt y

(1) Nous faisons, par cette restriction, allusion aux art. 234, § 3, 252, § 5, 307.

introduire le Code de procédure; c'était surtout parce que le divorce était vu avec défaveur et qu'on voulait décourager les parties.

233. — Ce but n'était pas, croyons-nous, celui des rédacteurs du Code; ils voulaient non pas décourager les plaideurs, mais, ce qui est bien différent, les obliger à réfléchir avant de prendre un parti qui pouvait entraîner des conséquences irréparables; or, ce motif n'a pas disparu et, quoique l'un des principaux effets du divorce, celui qui défendait aux époux de contracter ensemble un nouveau mariage, n'existe plus, on conviendra néanmoins que la dissolution du mariage est toujours un parti qu'il convient de méditer longuement.

Il existait bien, dans le système du Code civil, certaines formalités qui n'avaient d'autre effet que d'entraîner des frais et qu'on a, par conséquent, bien fait de supprimer⁽¹⁾. Mais nous ne croyons pas qu'on ait eu, d'une manière générale, raison de simplifier la procédure pour se rapprocher du droit commun; l'accès du divorce serait trop facile si on arrivait, comme nous en sommes menacés, à une application presque complète des principes ordinaires.

236.—Quoi qu'il en soit, la procédure du divorce diffère encore gravement, comme nous le verrons bientôt, de la procédure ordinaire; de sorte que la question traitée plus haut se présente encore dans les mêmes termes. Faut-il pour la procédure de la conversion, et en dehors des points formellement réglés par l'article 310,

(1) Le paraphe et le procès-verbal du président (art. 237 et 238) n'avaient certainement aucune utilité.

appliquer les principes généraux du Code de procédure ou les principes spéciaux du divorce?

257. — La plupart des motifs que nous avons donnés pour appuyer la seconde opinion sous l'empire du Code civil subsistent dans leur intégralité; signalons seulement l'abrogation des art. 875 à 881 du Code de procédure par la loi du 18 avril 1886, qui a, autant qu'elle l'a pu, assimilé à la procédure du divorce celle de la séparation de corps (art. 307, § 1).

Ajoutons que la nouvelle législation fournit à l'appui de notre opinion un argument considérable et que nous croyons même irréfutable. Aujourd'hui, le tribunal ne sera plus, comme sous l'empire du Code civil, obligé de prononcer la conversion; il jouit d'un pouvoir d'appréciation, et pour user de cette faculté conformément au vœu du législateur, il examinera non seulement l'importance des faits invoqués lors de la demande en séparation, mais il permettra au défendeur d'invoquer à son profit de nouveaux faits qui viendront contrebalancer les premiers par une enquête. Comment se fera cette enquête? Évidemment d'après les règles spéciales admises en matière de divorce : quels que soient, en effet, les motifs qui ont fait déroger sur ce point au droit commun, ils s'appliquent ici, puisque le but de l'enquête est le même.

258. — Nous craindrions, en insistant davantage, d'anticiper sur les développements qui vont suivre et qui, en grande partie, vont être consacrés au développement de notre principe; mais nous croyons avoir solidement assuré le fondement d'une doctrine qui nous paraît exacte quoiqu'elle soit généralement rejetée, celle d'une application aussi complète, aussi absolue

que possible de la procédure du divorce en matière de conversion.

259. — De là, la nécessité de résoudre, au moins sommairement, une autre question.

Le Code civil ne passe naturellement pas en revue toutes les questions qui peuvent se présenter à propos de la procédure du divorce; bien des questions de détail ont été omises; notamment la forme des actes n'y est pas réglée. Y suppléera-t-on en appliquant les principes du Code de procédure?

Quoique la question soit discutée, l'affirmative nous paraît certaine.

260. — Il nous paraît tout d'abord impossible de soutenir, comme on l'a fait, que le Code civil doive seul être consulté sur ce point; une série de textes ne peut se suffire que pour les questions dont s'occupent ces textes, et le Code civil en laisse un grand nombre de côté.

L'article 881 du Code de procédure, objecte-t-on, en renvoyant au Code civil, montrait que le Code de procédure entendait se désintéresser absolument du divorce.

Il nous semble au contraire que l'article 881 trouvait que les principes du Code civil n'excluaient pas absolument ceux du Code de procédure; en renvoyant à ce Code, il s'appropriait en quelque sorte les art. 234 et suiv.; il les insérait presque dans le Code de procédure.

Il faut remarquer, d'ailleurs, que sur tous les points réglés par le Code civil on peut signaler une dérogation au droit commun; donc, pour les questions qu'il a voulu résoudre suivant le droit commun, le législateur a entendu se référer aux principes.

Si l'argument de l'art. 881 a perdu de son importance par suite de la suppression de cet article, il est néanmoins certain que le législateur de 1886 n'a pas voulu modifier les principes.

261. — On a proposé récemment (1) une doctrine nouvelle qui donnerait aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire sur les points non prévus par le Code civil : la jurisprudence, en l'absence de textes, aurait la plus entière liberté.

Cette opinion nous paraît complètement inadmissible : nous avons vu qu'en réalité il n'y a pas absence de textes et que les principes imposent également notre solution.

262. — La principale conséquence que nous voulions, dès à présent, tirer de notre doctrine est relative à l'application de l'art. 1030 du Code de procédure ; en dehors du cas où la nullité sera prononcée par la loi, il est interdit aux juges de l'admettre (2).

263. — Nous déterminerons en premier lieu le tribunal compétent en matière de conversion.

Nous entrerons ensuite dans le détail de la procédure, en étudiant successivement les quatre phases qu'elle comporte, suivant les autorités qui jouent un rôle quelconque dans cette procédure : le président, le tribunal de première instance, les tribunaux supérieurs (voies de recours), enfin l'officier de l'état civil.

Nous nous attacherons en troisième lieu aux mesures provisoires que l'instance peut rendre nécessaires.

Enfin nous nous demanderons si cette procédure est

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 73.

(2) Cpr. Paris, 23 août 1885 ; — *Gazette du Palais*, 85, 1, 673.

toujours applicable, et si les parties n'ont pas, dans certaines circonstances, et notamment lorsqu'il s'est produit des faits nouveaux, le droit de recourir à la procédure du divorce proprement dit.

SECTION I

De la compétence en matière de conversion.

264.— Déterminer le tribunal compétent en matière de conversion, c'est en même temps fixer le président compétent, puisque nous verrons le président jouer, en matière de conversion, un rôle des plus importants; c'est indiquer aussi la Cour d'appel compétente, puisque l'appel est toujours porté devant la Cour dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal.

265. — Cette observation suffit pour indiquer l'importance de la triple question que nous devons traiter ici : quel est le tribunal compétent? Comment se couvre l'incompétence du tribunal devant lequel le procès est porté? Jusqu'à quelle époque cette compétence subsiste-t-elle?

§ 1. — QUEL EST LE TRIBUNAL COMPÉTENT ?

266.— Il ne peut être question ici de la compétence *ratione materiæ*; les tribunaux civils seuls peuvent statuer sur une question d'état qui est du domaine du droit civil. L'ancien article 234, en parlant du *Tribunal de l'arrondissement*, indiquait formellement cette solution que la suppression de cet article n'a pas rendue plus douteuse.

267.— La question est tout aussi certaine pour la compétence *ratione personæ*, du moins si, conformément à notre opinion, on applique les règles de la procédure du divorce : l'art. 234 obligeait à former la demande en conversion « au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile ».

La loi du 18 avril 1886 a supprimé cette disposition dont l'inutilité devait frapper tous les yeux : l'action en divorce est une action personnelle; or, toutes les actions personnelles s'intentent devant le domicile du défendeur, et ici le défendeur et le demandeur ont le même domicile (art. 108, al. 1) (1).

268.— En matière de conversion, cette communauté de domicile n'existe plus forcément, et les deux époux peuvent avoir leur domicile dans des arrondissements différents. La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent en effet — nous aurons à prendre plus tard parti sur la question (2) — que la femme séparée de corps peut acquérir un domicile séparé de celui de son mari.

La question n'est néanmoins pas difficile à résoudre; car, à défaut d'un texte spécial, les principes généraux suffisent à admettre la compétence exclusive du tribunal du domicile.

269. — Les travaux préparatoires rendent encore cette solution plus certaine.

(1) Il existe pourtant des hypothèses où les époux n'ont pas un domicile commun, et à ce point de vue encore, on a eu raison de supprimer l'art. 234, dont il aurait fallu, en tout cas, modifier la portée générale : si la femme est domestique, elle a le domicile de ses maîtres (art. 109); si le mari acquiert une nationalité étrangère, la femme garde sa nationalité et évidemment aussi son domicile.

(2) V. n° 573.

Le projet de la loi de 1886 (art. 20) proclamait la compétence du tribunal qui avait prononcé la séparation de corps. On parlait de l'idée exprimée dans l'Exposé des motifs (1) que ce tribunal était plus apte qu'aucun autre à apprécier la valeur des arguments invoqués de part et d'autre : il a dirigé une enquête approfondie sur la question même qui fait l'objet de l'instance actuelle ; il est donc mieux à même qu'aucun autre tribunal de voir s'il convient de modifier la situation.

Cet article a disparu du projet après qu'on eut montré au Sénat qu'il n'existait pas de motifs suffisants pour déroger aux principes ; déjà, le rapporteur de la commission de la Chambre (2) avait, lors des travaux préparatoires à la loi du 27 juillet 1884, proposé de déférer l'instance au tribunal qui avait prononcé la séparation de corps, et cette doctrine avait été combattue par le rapporteur de la commission du Sénat (3).

Il est difficile que le tribunal qui a prononcé la séparation des corps ait un souvenir assez précis de l'affaire pour qu'on puisse dire qu'il possède les éléments du procès mieux que tout autre tribunal : plusieurs années se sont nécessairement écoulées depuis ; le tribunal a été renouvelé sans doute en tout ou en partie ; ses souvenirs peuvent être inexacts ou incomplets.

D'un autre côté, ce ne sont pas seulement les faits invoqués lors de la demande en séparation qui font l'objet de la demande actuelle ; en admettant, comme nous sommes disposé à le croire, que le tribunal saisi de

(1) Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 24.

(2) M. de Marcère, Chambre, 27 mai 1882, *Journal officiel* du 28.

(3) M. Labiche, Sénat, 24 juin 1884, *Journal officiel* du 25, *Documents parlementaires*, Sénat, p. 1192.

la demande en conversion ait le droit de se préoccuper de ces faits, ils ne sont, dans tous les cas, que le moindre élément de ses décisions : c'est surtout la possibilité d'une réconciliation entre les époux, la survenance de faits postérieurs à la séparation, qu'il conviendra d'examiner ; or, sur ces points, le tribunal du domicile est celui qui est le mieux en mesure de prononcer.

270. — On n'aurait pu soutenir l'opinion contraire qu'en considérant le jugement de conversion comme une exécution du jugement de séparation ; tout tribunal est compétent pour statuer sur les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution de ses propres décisions (art. 472 C. proc.).

Cette idée, qui a été mise en avant, est profondément erronée ; l'exécution d'une décision consiste à la mettre en œuvre, et le jugement de conversion détruit au contraire le jugement de séparation auquel il se substitue.

Notre opinion est d'ailleurs adoptée par les auteurs et par la jurisprudence (1), et la doctrine contraire, admise par une décision judiciaire (2), ne nous paraît pas de nature à recruter beaucoup d'adhérents.

271. — Elle aurait pourtant l'avantage d'éviter une difficulté : le tribunal qui a prononcé la séparation étant toujours connu, l'époux demandeur en conversion aurait su où assigner son conjoint. Au contraire, le domicile est quelquefois difficile à déterminer ; il est vrai que

(1) Poulle, p. 192 ; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 399 ; — Saint-Marc, *Revue critique*, 1883, n° 29 ; — Trib. Versailles, 27 août 1884 ; *Droit* du 30, S. 85, 2, 20 ; Orléans, 4 mars 1884, S. 85, 2, 65 ; — Trib. Seine, 9 avril 1885 ; — *Gazette des Tribunaux* du 3 juin.

(2) Trib. Libourne, août 1884, cité par Saint-Marc, *loc. cit.*

c'est alors le tribunal de la résidence qui est compétent (art. 59 C. proc.); mais le conjoint séparé de corps peut avoir plusieurs résidences entre lesquelles on hésitera.

272. — En sens inverse, il peut se faire qu'on ne sache où se trouve l'époux défendeur ; c'est là une hypothèse qui est de nature à se présenter fréquemment. Il arrive que déjà au moment de la demande en séparation de corps, l'époux défendeur est absent, et c'est même souvent en invoquant cette absence que son conjoint a demandé le relâchement du lien conjugal. Celui-ci savait où intenter l'action, puisque, le mariage durant encore à ce moment, son propre domicile et celui de son époux se confondaient nécessairement. Que fera-t-il pour la demande en conversion ?

La question nous paraît très simple : c'est, dans ce cas, le tribunal qui a prononcé la séparation de corps qu'il faudra saisir de la demande en conversion ; c'est lui qui serait compétent si l'époux défendeur en conversion n'avait pas changé de domicile ; or, ce changement ne peut être présumé ; l'absence n'est pas une preuve, car, en vertu du principe généralement admis qu'on ne peut perdre un domicile qu'en en acquérant un autre, l'époux absent sera censé avoir conservé le domicile du mariage tant que l'existence d'un autre domicile ne sera pas démontrée (1).

273. — Mais, dans cette hypothèse, c'est-à-dire si l'époux est absent et que sa résidence soit inconnue, où faudra-t-il l'assigner ? Ici encore les principes généraux nous fournissent notre solution.

(1) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. I, n° 344, 10^e édit.

L'article 69, § 8, du Code de procédure civile porte en effet : « Seront assignés ceux qui n'auront aucun domicile connu en France au lieu de leur résidence actuelle ; *si le lieu n'est pas connu, l'exploit sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée ; une seconde copie sera donnée au procureur impérial, lequel visera l'original.* »

C'est certainement cette disposition qui doit être appliquée à notre matière (1), et nous ne permettrons même pas d'exiger, comme l'a fait un tribunal (2), de la part du demandeur des démarches spéciales pour connaître la résidence de son conjoint, lieu normal où doit se donner l'assignation. Si favorable que nous soyons à la défense personnelle en matière de conversion, nous ne croyons pas possible de déroger aux principes généraux.

274. — Nous ne pouvons pas davantage souscrire aux décisions d'autres tribunaux (3), approuvées par certains auteurs (4), d'après lesquelles le mari demandeur en conversion pourrait assigner la femme devant le tribunal de son propre domicile, si les démarches faites pour connaître le domicile de cette dernière sont restées infructueuses ; cette solution est d'accord avec celle que nous venons d'admettre (5), si le mari lui-même a gardé le domicile qu'il avait au moment de l'ouverture de l'instance en séparation de corps ; mais selon

(1) Saint-Marc, n° 29.

(2) Versailles, 27 août 1884, précité.

(3) Trib. Nevers, 17 mars 1885, *Gazette du Palais*, 85, 4, 498 ; — Trib. Marseille, 15 novembre 1884 ; *Gazette du Palais*, 85, 4, 96.

(4) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 191.

(5) N° 272.

nous, tant que le nouveau domicile de la femme n'est pas exactement connu, c'est en toute hypothèse le tribunal par lequel la séparation a été prononcée qui doit juger l'instance en conversion.

§ 2. — COMMENT SE COUVRE L'INCOMPÉTENCE ?

275.— En règle générale l'incompétence *ratione personæ* doit être opposée avant toute défense au fond ; elle se couvre donc si le défendeur, par un acte quelconque, montre qu'il consent à accepter le tribunal devant lequel on l'assigne. Le tribunal ne peut l'opposer d'office (1).

276.— Il est donc certain que si le défendeur en conversion accepte l'ordonnance du président qui le renvoie devant le tribunal et plaide devant celui-ci, il ne sera plus admis à décliner la compétence de ce tribunal (2). De même, s'il comparait devant le président, il ne pourra plus opposer l'incompétence de celui-ci.

277.— Nous croyons qu'il faut aller encore plus loin et décider que le défendeur qui comparait devant le président ne peut plus objecter l'incompétence du tribunal.

L'opinion contraire a été soutenue (3) ; on l'a basée

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 89 ; — Frémont, *Traité du divorce*, n° 208 ; — Poulle, *Le divorce*, p. 140 ; — Goirand, *Du divorce*, p. 46 ; — Metz, 21 novembre 1883 ; — Dall., v° *Séparation de corps*, n° 94 ; — Gand, 31 juillet 1886 ; *Recueil du divorce*, 1887, p. 5. — *Contrà* : Garsonnet, *Précis de procédure*, n° 176.

(2) Carpentier, *loc. cit.* ; — Poulle, *loc. cit.*

(3) Trib. Seine, 30 janvier 1886, D. 87, 2, 117 ; *Gazette du Palais*, 86, 1, 442.

sur les art. 168 et 169 du Code de procédure, aux termes desquels c'est seulement au moment où le défendeur comparaît devant le tribunal qu'il doit opposer l'exception d'incompétence.

On a ajouté que l'instance n'est pas encore ouverte et que le défendeur ne peut, en conséquence, avoir l'intention de renoncer à son droit d'être assigné devant le tribunal compétent puisqu'il ne connaît pas encore officiellement quel sera ce tribunal.

278. — Ces arguments ne nous paraissent pas heureux; en désignant le président, le demandeur a par là même désigné le tribunal; c'est donc en connaissance de cause que le défendeur comparaît, et s'il comparaît sans faire d'objections, c'est qu'il ne croit pas nécessaire de décliner la compétence du tribunal.

Peu importe que l'instance ne soit pas ouverte; il est certain que le défendeur pourrait, par un acte exprès, renoncer à opposer l'exception d'incompétence, qui n'est établie que dans son intérêt; or, il peut, à défaut de texte qui le défend, faire tacitement ce qu'il lui est permis de faire expressément.

279. — Il n'est pas difficile d'expliquer la raison de la différence entre notre hypothèse et celle du défendeur qui comparaît devant un juge conciliateur incompétent; si cette comparution n'entraîne pas renonciation au droit d'opposer l'incompétence du tribunal civil du même arrondissement, c'est que le demandeur n'avait pas même à faire connaître devant le juge de paix le tribunal par lequel il se proposait de faire juger la contestation. Il en est autrement dans notre hypothèse : le président devant lequel doit se faire l'essai de conciliation est nécessairement celui du tribunal même qui ju-

gera le procès; en le désignant, on désigne donc en même temps le tribunal, et en l'acceptant, c'est aussi le tribunal qu'on accepte.

280.— Et cette observation nous conduit à une critique plus sérieuse : il nous a paru indiscutable qu'en comparaisant devant un président incompetent, le défendeur s'est enlevé le droit d'opposer ultérieurement cette incompetence, comme le ferait un défendeur qui consentirait à plaider devant un tribunal incompetent *ratione personæ*.

Le résultat de cette comparution sera donc définitif ; mais supposons que le défendeur puisse encore opposer l'incompétence du tribunal et qu'il use de cette faculté. Il arriverait qu'une nouvelle instance devant le tribunal compétent serait nécessaire ; cette instance devrait être elle-même précédée d'une comparution devant le président du même tribunal ; car on ne pourrait admettre comme suffisante la première comparution, la loi tenant à ce que le président conciliateur soit celui du tribunal appelé à vider la contestation ; on aboutirait donc à annuler aussi la comparution primitive, alors pourtant qu'elle était valable (1).

281. — Ajoutons que cet exemple n'est pas le seul où la comparution constitue la reconnaissance de la compétence d'une autorité judiciaire autre que celle devant laquelle on comparait : en couvrant l'incompétence du tribunal civil, le défendeur couvre en même temps l'incompétence de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve ce tribunal (2).

(1) V. *suprà*, n° 276.

(2) *Voy.*, dans notre sens, Paris, 5 août 1886, D. 87, 2, 447, et Glas-

§ 3. — QUAND CESSE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ?

282. — Le tribunal compétent doit trancher la contestation ; c'est donc jusqu'à la prononciation du divorce que tous les actes de procédure devront être faits devant lui (1).

283. — Ce n'est pas tout : le même tribunal sera toujours, en vertu des principes, compétent pour statuer sur l'exécution de sa décision.

Cette exécution est double : il y aura d'abord lieu de faire transcrire le jugement sur les registres de l'état civil, formalité nécessaire pour que le divorce soit accompli. Dans quelle localité se fera cette transcription ? Dans quelle forme aura-t-elle lieu ? L'officier de l'état civil a-t-il de justes motifs pour s'opposer à cette transcription ? Il peut se présenter sur ces points plus d'une difficulté que le tribunal se chargera de résoudre.

En second lieu, le jugement de conversion a pu prononcer certaines condamnations, adopter certaines mesures : il a, par exemple, modifié le chiffre de la pension alimentaire, confié à tel époux la garde des enfants ; si l'on discute sur le sens de ses décisions, c'est lui qui en connaîtra.

284. — La Cour de cassation va même plus loin ; elle prétend (2) que s'il y a lieu, — nous verrons plus loin dans quelles circonstances (3), — de modifier ultérieure-

son, note, *eod. loc.* ; — Trib. Nice, 26 juin 1883 ; Rousseau et Laisney, *Recueil de proc.*, t. VI, p. 281 ; — Trib. Cognac, 10 août 1883 ; *Gazette du Palais*, 86, 4, 149 ; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 37.

(1) Bruxelles, 7 janvier 1833.

(2) Civ., 25 août 1884, S. 84, 4, 424 ; — Orléans, 8 janvier 1885, S. 85, 2, 45 ; — Massigli, *Revue critique*, 1885, p. 216.

(3) V. n° 602.

ment ces mesures, la demande devra être portée devant le tribunal qui a prononcé le divorce.

Elle se fonde sur l'idée que le premier tribunal connaît mieux que tout autre la solution qu'il convient de donner à ces controverses, puisqu'il a pu apprécier de quel côté se trouvaient les torts ; si l'époux se trouve dans une situation de fortune qui puisse motiver une demande d'aliments ; à quel époux il est bon que les enfants soient confiés.

283. — Cette opinion ne nous paraît pas exacte : en admettant même la vérité de cette compétence, pour ainsi dire morale, du tribunal, les éléments dont se compose ce tribunal ont pu changer ; ce ne seront plus les mêmes juges et leurs successeurs n'auront pas plus de facilités pour examiner ces questions que les membres de tout autre tribunal.

Il y a plus ; nous ne croyons pas que le fait d'avoir prononcé une première fois soit la garantie d'une décision ultérieure équitable : les demandes en modification des mesures provisoires reposent sur un changement dans les relations qui avaient motivé ces mesures ; par exemple, l'époux dont la misère a augmenté réclame un supplément de pension alimentaire ; ou bien, celui qui avait été constitué débiteur de la pension prétend que son créancier possède aujourd'hui la fortune suffisante pour se passer d'un secours ; ou encore, l'époux auquel la garde des enfants a été enlevée demande soit à les visiter par intervalles pour leur donner des conseils nécessités par les circonstances, soit à enlever la garde au conjoint devenu indigne.

Il est bien clair que toutes ces demandes reposent sur des faits nouveaux, qui n'ont aucun rapport avec ceux

qu'a étudiés le tribunal avant de prononcer la conversion; ce tribunal n'est donc pas plus apte qu'un autre à statuer. Il faut en conclure qu'ici encore il y a lieu d'appliquer le droit commun, c'est-à-dire de déférer la difficulté au tribunal du domicile qu'aura le défendeur lors de la nouvelle contestation (1).

286. — Outre l'argument que nous avons réfuté, on a invoqué, à l'appui de doctrine de la Cour de cassation, l'article 472 du Code de procédure, aux termes duquel l'examen des questions relatives à l'exécution d'un jugement appartient au tribunal même qui a rendu la décision.

Cet article, a-t-on dit, s'applique *a fortiori*, puisque le jugement de conversion n'a pas, en ce qui concerne les mesures provisoires, terminé le débat.

L'article 472 nous paraît aussi faussement invoqué ici que dans une précédente hypothèse où nous l'avons également rencontré : l'exécution d'un jugement ne peut consister que dans l'application de ses décisions; et le débat nouveau dont nous nous occupons veut, au contraire, aboutir à les modifier.

287. — La seule décision judiciaire qui ait adopté notre opinion — elle a été d'ailleurs cassée par la Chambre civile, — y fait cependant exception pour le cas où le jugement prononçant le divorce contiendrait une réserve expresse : le tribunal aurait, en d'autres termes, le droit de s'attribuer d'avance la faculté de juger les contestations qui pourront s'élever sur les mesures provisoires.

Cette restriction ne fera pas fortune : il ne peut ap-

(1) V. n° 270.

partenir à un tribunal de modifier de sa propre autorité les règles légales de la compétence : les parties seules peuvent y déroger.

SECTION II

Détail de la procédure en matière de conversion.

288.— La procédure en matière de conversion peut comprendre quatre phases distinctes, qui s'écoulent devant le président du tribunal, le tribunal, les tribunaux supérieurs et l'officier de l'état civil.

De ces quatre phases, la troisième est la seule qui ne soit pas obligatoire : elle constitue en effet les voies de recours, dont les parties sont toujours libres de ne pas user.

Exposons successivement :

Le rôle du président.

Celui du tribunal,

Les voies de recours.

La transcription du jugement sur les registres de l'état civil.

§ 1. — PROCÉDURE DEVANT LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL.

I. — *Première ordonnance.*

289.— L'époux qui intente une demande en divorce proprement dite doit commencer par présenter en personne sa requête au président du tribunal ou au juge qui en fait les fonctions (art. 234, al. I).

Ce texte est-il applicable à la conversion ?

290. — On admet généralement l'obligation de présenter la requête au président ; mais on prétend que la

comparution personnelle du demandeur en conversion est inutile; cette opinion a même été consacrée par la plupart des tribunaux qui ont, jusqu'à présent, statué sur la question (1), et par le seul arrêt qui ait eu à la trancher.

Nous retrouvons à l'appui de cette doctrine tous les arguments que nous avons déjà réfutés en examinant d'une manière générale la question de savoir si la procédure du divorce s'applique à la conversion (2).

On ajoute que les motifs qui nécessitent cette comparution personnelle ne peuvent être invoqués ici, puisque son but est une tentative de conciliation de la part du président et que cette tentative a déjà eu lieu lors de la demande en séparation de corps (3).

291. — Cet argument ne nous paraît pas plus exact que les arguments généraux examinés plus haut : une tentative de conciliation a bien eu lieu lors de la demande en séparation ; mais il est certain, nous l'avons montré en examinant le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, que la loi veut éviter le divorce toutes les fois qu'un rapprochement peut être prévu ou provoqué. Il est donc nécessaire qu'un nouvel essai de conciliation se produise.

En outre, la loi considère le divorce comme plus grave que la séparation de corps : sous l'empire du

(1) Nancy, 13 décembre 1884, S. 85, 2, 7 ; — Trib. Marseille, 21 novembre 1884; *Gazette du Palais*, 85, 1, 102 ; — Trib. Ribeirac, 6 janv. 1886; *Loi* du 10 février ; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 223 et 224 ; — Vraye et Gode, sur l'art. 310, n° 40 : — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 402, et *Loi de 1886*, n° 198 : — Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 129.

(2) V. nos 234 et suiv.

(3) V. n° 187.

Code civil, celle-ci était soumise à des formalités beaucoup moins nombreuses que le premier. Aujourd'hui même, que la loi du 18 avril 1886 a voulu autant que possible assimiler les deux procédures, la comparution personnelle est inutile en matière de séparation de corps, l'article 307, § 1, n'étendant à la séparation que les articles 236 à 244. L'essai de conciliation a donc été moins sérieux qu'il ne l'aurait été lors d'une demande principale en divorce et il convient de le reproduire.

292. — On a cru trouver l'affirmation de la doctrine que nous combattons dans un passage du rapport fait au Sénat en 1884 (1) et dont on nous paraît singulièrement exagérer l'importance.

Ce passage porte simplement que la commission a voulu simplifier la procédure du divorce en matière de conversion; il ne nous paraît pas possible d'en conclure que toutes les formalités du divorce sont abrogées; tout ce qu'on pourra en tirer, c'est que la procédure sera moins longue, et nous verrons plus tard (2) si cette observation du rapporteur entraîne des conséquences pratiques. N'eût-elle aucune portée, que nous refuserions encore de lui en assigner une en l'appliquant à notre question; nous avons le droit d'y voir une inexactitude, puisque dans la même rapport nous avons déjà relevé un certain nombre d'erreurs juridiques (3).

293. — L'opinion que nous combattons simplifierait-elle d'ailleurs la procédure? Nous ne le croyons pas.

(1) Labiche, Sénat, 24 juin 1884 (*Journal officiel* du 25, Débats parlementaires, p. 1191, Sénat).

(2) V. notamment, sur le jugement de sursis, nos 346 et suiv.

(3) V. nos 153 et 165.

Remarquons, en effet, qu'elle ne supprime pas la requête et l'obligation de la remettre au président ; la simplification consisterait uniquement dans l'inutilité d'une entrevue avec le président, ce qui ne diminuerait en rien la longueur de la procédure.

294.— Et de quel droit scinde-t-on ainsi l'application de l'art. 234, § 1^{er} ? S'il s'étend à la conversion, il s'y étend dans son entier ; s'il convient de le rejeter, il faut revenir au droit commun. En n'admettant pas cette conséquence logique, quoique inadmissible, les partisans de l'opinion que nous combattons ont montré qu'ils n'osaient pas suivre jusqu'au bout leur idée de la distinction des deux procédures.

295.— Cette conséquence était d'ailleurs impossible en présence de l'art. 310 qui fournit un argument de plus à l'appui de notre opinion par la comparaison qu'il exige du demandeur. On a bien objecté que cet article n'exige pas que la comparaison soit personnelle ; mais ce n'était nullement nécessaire, le sens du mot se trouvant déterminé par l'article 234.

296. — Nous aurions compris qu'on rejetât notre opinion sous l'empire du Code civil où le jugement de conversion n'était qu'une sorte d'enregistrement de la demande (1) ; mais l'instance en conversion est devenue aujourd'hui une véritable instance en divorce : la loi ne veut pas que le divorce succède trop légèrement à la séparation de corps et c'est entrer dans ses vues que d'appliquer en son entier l'art. 234 à notre matière (2).

(1) V. n° 157.

(2) Voyez dans le sens de notre opinion : Trib. Sens, 8 décembre 1884, S. 85, 2, 46 ; — Trib. Rethel, 2 novembre 1884 ; *Gazette du Palais*, 83, 1, 144 ; — Trib. Mayenne, 3 mars 1885 ; *Gazette du Palais*,

297. — La question que nous venons d'étudier avait, avant la loi de 1886, une importance plus grande qu'aujourd'hui : la procédure du divorce exigeait la présence personnelle du demandeur, non pas seulement devant le président, mais à tous les actes de l'instance (art. 248) ; cette présence personnelle, n'étant plus exigée en matière de divorce, ne peut évidemment l'être dans l'instance en conversion (1).

298. — La discussion qui précède suffit à indiquer quel doit être le rôle du président : il remplit les fonctions du juge de paix dans une instance ordinaire ; c'est-à-dire qu'il est chargé de concilier les parties, ou, plus exactement, dans l'espèce, de faire au demandeur les représentations qui doivent le détourner d'une demande inopportune ou fâcheuse ; il lui montrera, par exemple, que l'intérêt des enfants est opposé à la conversion, que le repentir de son conjoint doit amener plutôt un rapprochement qu'une désunion plus complète ; il pourra même se conformer aux instructions du législateur, faire appel à ses sentiments chrétiens pour le détourner du divorce.

Ce rôle ne peut évidemment exister dans l'opinion d'après laquelle le demandeur n'a pas à comparaître en personne devant le président. Nous croyons, quant à nous, qu'il est non seulement conforme à la loi, mais éminemment moral.

299. — Si le demandeur doit se présenter en personne, il n'est pas nécessaire qu'il se présente seul :

85, 4, 514 ; — Goirand, p. 431 ; — Saint-Marc, n° 30 ; — Coulon, Faivre et Jacob, *Manuel*, p. 157 ; — Sorel, le *Droit* du 20 août 1884.

(1) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 200 ; — Poulle, *le Divorce*, p. 65 ; — Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 429. — V. aussi *infra*, n° 339.

il peut notamment se faire assister d'un avoué; on soutient souvent l'opinion contraire (1), mais nous ne voyons pas, en l'absence de textes, sur quoi elle peut s'appuyer; tout ce que la loi exige, c'est que le demandeur soit mis en présence du président afin de recevoir ses conseils; si celui-ci juge la présence d'un tiers nuisible, il aura certainement le droit de le renvoyer, et ce correctif répond à toutes les objections qu'on peut diriger contre notre doctrine.

L'assistance d'un avoué est d'ailleurs impossible à éviter, au moins pour la rédaction de la requête, de sorte que l'opinion qui voudrait empêcher l'ingérence d'un étranger atteindrait mal son but.

500. — L'article 234, § 1, exige en effet une requête, c'est-à-dire un acte de procédure proprement dit et qui, comme tel, doit être rédigé par un avoué. Les travaux préparatoires, qui manifestent l'intention de revenir au système du Code civil, ne peuvent laisser de doute sur ce point (2).

Il en était autrement sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884 : l'article 236 parlait alors d'une demande en divorce, et cette expression avait été employée à dessin pour rendre inutiles toutes formes obligatoires (3).

On a pensé sans doute qu'un avoué serait mieux à même que tout autre de connaître les indications qui doivent être contenues dans la requête.

501. — La loi ne donne d'ailleurs aucun renseigne-

(1) Poulle, p. 142; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 99, et *Loi de 1886*, n° 44; — Vraye et Gode, sur l'art. 236, n° 46.

(2) Poulle, p. 142; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 40.

(3) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 93.

ment sur ces indications : l'ancien article 236 (loi du 27 juillet 1884) exigeait que les faits fussent détaillés ; il n'aurait même pas suffi d'indiquer la cause sur laquelle on s'appuyait, de rappeler par exemple que la séparation de corps avait été prononcée pour injures graves, et d'ajouter en termes généraux que des faits du même genre étaient venus, depuis, s'ajouter aux premiers (1).

Il fallait en outre remettre au président les pièces à l'appui ; par exemple, les lettres ou les journaux contenant des injures, etc.

302. — L'article 234 n'ayant pas reproduit ces exigences, il nous semble qu'elles sont devenues inutiles ; elles se justifiaient d'ailleurs difficilement. Le rôle du président consiste exclusivement, lors de la première comparution, à donner au demandeur les conseils qu'il jugera nécessaires ; à cet effet, il devra l'interroger sur les motifs de son action : le demandeur indiquera donc nécessairement les faits lors de sa comparution ; à quoi bon, dès lors, les faire indiquer préalablement dans la requête ? Cette indication aurait même de graves inconvénients aujourd'hui que la requête est devenue un véritable acte de procédure, dont la publicité pourrait envenimer les rapports entre les époux (2).

303. — Cette comparution personnelle est considérée par la loi comme essentielle. Aussi a-t-on prévu le cas où le demandeur ne pourrait se transporter dans le cabinet du président.

(1) V. Carpentier, *Traité du divorce*, n° 97 ; — Coulon et Faivre, *Manuel*, p. 91.

(2) V. Carpentier, *Loi de 1886*, n° 42 ; — Vraye et Gode, sur l'art. 236, n° 6.

Si un texte spécial n'avait pas réglé cette hypothèse, il aurait fallu rejeter la demande en divorce, la comparution personnelle devenant impossible.

Aussi l'art. 236 (loi de 1884) ordonnait au président de se transporter au domicile du demandeur, en cas de maladie de celui-ci. Ce n'était pas assez, car il peut y avoir d'autres empêchements : il se peut, par exemple, que le demandeur soit emprisonné.

L'art. 236 exigeait, en outre, une formalité coûteuse ; deux médecins ou officiers de santé devaient certifier la maladie.

504. — Aujourd'hui (art. 234, § 2) tout empêchement donne lieu à ce transport du président ; et il suffit que cette impossibilité soit *dûment constatée*.

Il n'est pas nécessaire non plus qu'une réquisition formelle de se transporter soit adressée au président ; il suffit qu'on le prévienne d'une manière quelconque, par lettre ou même par un commissionnaire.

Ces légères innovations méritent d'être approuvées, car elles sont toutes basées sur une économie de frais.

505. — Ajoutons enfin que le président, lorsqu'il se transportera, devra être assisté de son greffier (art. 234, § 2) ; nous ne nous expliquons pas la nécessité de cette assistance qui ne figurait pas dans les lois antérieures. Le greffier ne peut pas être plus utile quand le président se transporte quelorsqu'ilinterroge le demandeur dans son cabinet. Cette intervention ne s'expliquerait que s'il était nécessaire de rédiger un écrit destiné à avoir un caractère officiel ; l'intervention d'un indifférent ne peut qu'empêcher les confidences du demandeur.

506. — La loi n'a pas réglé le cas où le demandeur résiderait hors de l'arrondissement; cette hypothèse se présentera fréquemment, puisqu'en matière de conversion, nous l'avons dit (1), le président compétent est celui du tribunal du défendeur. Si le demandeur ne peut alors se transporter au cabinet du président, celui-ci, dont les fonctions sont limitées à son arrondissement, n'aura pas le droit, et souvent, en raison de la distance, la possibilité d'aller trouver le demandeur. Pourra-t-il donner une commission rogatoire au président du tribunal du lieu qui interrogera le demandeur à sa place et lui transmettra le résultat de son entrevue ?

La négative a été adoptée par la seule Cour devant laquelle la question ait été portée (2), et quoiqu'elle ait été fortement combattue (3), nous la croyons rigoureusement exacte.

507. — Le but de la loi est que le président chargé d'entendre le demandeur soit celui qui dirigera l'instance; on présume qu'il est bon que le chef du tribunal ait déjà vu le demandeur et se soit entretenu avec lui. Cette intention du législateur n'est pas discutable devant la nécessité d'une comparution personnelle et du déplacement du président en cas d'empêchement.

Aussi la loi ne permet-elle pas de délégation à un autre juge du tribunal; en disant *le président ou le juge qui en fera les fonctions*, elle indique nette-

(1) Nos 264, 267 et suiv.

(2) Alger, 2 février 1885, S. 86, 2, 180.

(3) Vraye et Gode, sur l'art. 236, n° 22; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 693.

ment cette volonté (1). Or, on s'écarterait bien plus encore de cette volonté en permettant la commission rogatoire. Au moins, le juge spécialement délégué, faisant partie du tribunal, pourrait éclairer verbalement ses collègues et être appelé à participer au jugement ; le président d'un tribunal différent est au contraire un étranger dont le rôle finira nécessairement après son entrevue avec le demandeur, et qui, par conséquent, n'aura pas un intérêt suffisant à observer le caractère et l'esprit du demandeur et les chances de rapprochement qui pourraient exister.

308. — De quelle manière, d'ailleurs, informerait-il le tribunal compétent du résultat de son entrevue? Évidemment par un procès-verbal mentionnant les demandes et les réponses. Mais la loi ne parle nulle part de ce procès-verbal, et il est visible au contraire qu'elle cherche à éviter toutes les écritures ; le demandeur hésiterait à se livrer, calculerait la portée de ses réponses, s'il craignait que la substance de ses paroles fût fidèlement rapportée sur un écrit.

On objecte que la commission rogatoire, quoique n'étant écrite dans aucune loi, est de droit commun et doit être permise là où la loi ne l'écarte pas. Nous en convenons, mais ici la loi la rejette d'une manière bien claire, puisqu'elle désigne exclusivement le président du tribunal appelé à juger la contestation ; puisque surtout elle indique, comme moyen unique de suppléer à la comparution personnelle, le transport du président.

309. — Nous avouons que notre opinion aboutira,

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 100, et *Loi de 1886*, n° 45.

dans certaines circonstances, à empêcher la demande en divorce ; mais n'allons pas jusqu'à reconnaître qu'il se produira un déni de justice ; il ne peut y avoir déni de justice que si le juge désobéit à la loi en ne rendant pas sa décision ; ici au contraire c'est en exécution de la loi qu'il refusera de connaître la contestation.

510. — On a cru pouvoir affirmer (1) que depuis la loi de 1886 l'opinion que nous avons adoptée n'est plus soutenable : le nouvel article 238 permet au président de donner commission rogatoire pour interroger le défendeur empêché d'assister à la seconde comparution ; donc, dit-on, la commission rogatoire a été admise par le législateur comme pouvant suppléer à la comparution personnelle ; et s'il en est ainsi dans l'article 238, il doit en être de même dans l'article 234.

511. — Nous voyons, au contraire, dans l'article 238, une confirmation expresse de notre théorie. Remarquons qu'il eût été facile au législateur, pour éviter toute controverse, de permettre expressément la commission rogatoire dans l'art. 234, s'il avait voulu l'autoriser ; la différence entre les deux textes répond à une diversité dans les solutions, surtout si, comme nous espérons pouvoir le montrer, cette différence se justifie rationnellement.

L'article 238 ne permet d'interroger par commission rogatoire que le défendeur, et c'est au demandeur qu'il s'agirait d'appliquer ici ce mode de procéder. On comprend l'art. 238 parce que le défendeur subit un procès loin de le provoquer ; au contraire, le demandeur poursuit l'instance. En outre, le défaut, l'absence même du

(1) Planiol, *loc. cit.*

défendeur n'empêchent par le procès. Il est juste de le mettre en mesure de se faire entendre; il en est tout autrement du demandeur qui, s'il ne se présente pas, est simplement débouté de l'instance et en est quitte pour la recommencer. Nous reconnaissons volontiers, d'ailleurs, que cet argument n'est pas péremptoire en législation, et qu'il eût été préférable de donner à l'époux malade le moyen d'obtenir le divorce. Ces raisons ne sont-elles pas suffisantes pour justifier une différence ?

312. — On a, il est vrai, prétendu que l'art. 238 doit, en ce qui concerne la commission rogatoire qu'il autorise pour la seconde comparution, être étendu au demandeur ; nous prendrons parti tout à l'heure sur la question (1) ; admettons pour l'instant qu'elle doit être résolue par l'affirmative ; nous croyons encore qu'il ne sera pas possible d'admettre la commission rogatoire pour la première comparution.

Le résultat de la seconde comparution consiste en effet dans un simple procès-verbal qui ne donne aucune relation des faits, aucun commentaire. Il en est tout autrement de la première, où, comme nous l'avons montré (2), le juge procédant à l'interrogatoire serait, pour éclairer son collègue, dans l'obligation de lui transmettre un résumé de l'entrevue. Il est naturel que la loi ait voulu éviter cette pièce qui pourra devenir compromettante pour le demandeur.

313. — Si les représentations du président n'ont pas déterminé le demandeur à abandonner l'instance, le président ordonne au bas de la requête que les parties com-

(1) V. n° 326.

(2) V. n° 308.

paraîtront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique et commet un huissier pour notifier la citation (art. 235).

L'ancien article 237 obligeait le président à dresser un procès-verbal signé du demandeur, et c'est au bas du procès-verbal qu'il ordonnait la comparution.

II. — Deuxième ordonnance du président.

314. — La procédure devant le président constitue, comme le dit l'Exposé des motifs de la loi de 1886 (1), un essai de conciliation à deux degrés. Cette expression d'essai de conciliation est particulièrement juste pour la seconde comparution qui met en présence les deux parties.

315. — Nous venons de voir qu'un huissier commis est chargé de notifier la citation au défendeur.

Ajoutons, qu'aux termes de l'art. 237, § 1 (loi de 1886), cette citation doit contenir, en tête, copie de la requête et de l'ordonnance, et qu'elle doit être signifiée trois jours au moins avant le jour de la comparution fixé par le président.

316. — La même disposition attache la sanction de la nullité à toutes les formalités qu'elle édicte.

317. — Au point de vue du mode de signification, l'art. 337, § 3, contient une heureuse innovation : la citation doit être remise par l'huissier *sous pli fermé*.

Cette disposition a évidemment été édictée pour éviter les indiscretions qui seraient résultées de l'application du droit commun : les copies se remettent sans enveloppe à une personne quelconque trouvée au domi-

(1) Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 12.

cile de l'assigné, à son concierge même ou à son voisin ; on a pensé que le bruit de l'instance en divorce et de ses motifs se répandrait rapidement et pourrait causer du tort aux époux.

318.— Déjà l'ancien article 238 (l. 1884) avait voulu éviter cet inconvénient en supprimant la citation : c'est le président lui-même qui devait adresser, sans doute par lettre, copie de son ordonnance au défendeur.

Le moyen qu'y a substitué la loi de 1886 nous paraît plus naturel : le ministère d'un huissier, surtout d'un huissier commis, offre plus de garanties qu'une simple lettre qui peut facilement s'égarer.

319.— On pourrait soutenir que la procédure spéciale de l'article 237 ne s'applique pas à la conversion ; on dirait en ce sens que la publicité résultant d'une assignation opérée suivant le droit commun ne peut offrir les mêmes inconvénients qu'en matière de demande spéciale en divorce ou en séparation de corps, puisque la désunion des époux est déjà publique.

Nous ne croyons pas cette raison, si exacte qu'elle soit, suffisante pour entraîner une dérogation au système que nous avons adopté au début de ce chapitre. Elle n'est pas, d'ailleurs, parfaitement concluante, car l'époux défendeur en conversion peut désirer que le secret soit gardé sur l'ouverture de l'instance.

320. — Des difficultés pratiques peuvent naître sur l'application de ce nouveau mode de signification.

D'abord le pli fermé sera-t-il une enveloppe ou une double bande entrecroisée ? L'Exposé des motifs (1)

(1) Rousseau et Laisney, *Op. cit.*, p. 43.

annonce sur ce point une instruction du Ministère de la Justice qui ne paraît pas encore avoir été rendue.

321. — Comment l'huissier fera-t-il la mention du *parlant* à requise par l'art. 61 du Code de procédure? Cette prescription paraît difficile à observer, puisqu'une telle mention ne peut être évidemment mise qu'au moment de la signification, et que la fermeture du pli empêche toute inscription.

L'instruction de la Chambre des avoués du tribunal de la Seine (1) détruit cette contradiction apparente en recommandant à l'huissier de ne fermer le pli qu'après avoir inscrit la mention du *parlant* à. Cette opinion est exacte.

322. — Mais nous ne croyons pas nécessaire, comme le veut la même instruction, que l'huissier mentionne dans la citation que la copie est remise sous pli fermé; toute mention qui n'est pas exigée par la loi est, par cela même, inutile.

323. — A la suite de cette ordonnance, les deux parties se rencontreront devant le président qui tentera le véritable essai de conciliation.

324. — L'art. 238, § 1, a soin de spécifier que les parties se rendront en personne devant le président.

Il peut se faire que l'une ou l'autre des parties ait l'intention de se faire accompagner soit par un conseil quelconque, soit par un parent. En aura-t-elle la faculté?

La Cour de Bruxelles (2) avait, sous l'empire du Code civil, adopté l'affirmative à laquelle nous croyons

(1) Chap. II, § 1, Rousseau et Laisney, p. 232.

(2) Bruxelles, 9 août 1848, Pasierisic, 48, 2, 310.

devoir nous rallier : rien n'oblige les parties à se présenter seules.

On s'est basé, pour soutenir l'opinion contraire (1), sur le rejet, lors des travaux préparatoires à la loi de 1884, d'une proposition qui permettait à chaque plaideur de se présenter accompagné de deux parents; le rapporteur de la loi fit remarquer qu'on ferait peut-être ainsi manquer la conciliation.

Cette considération est importante ; mais, aucun texte ne défendant l'assistance d'un tiers, nous ne croyons pas pouvoir l'interdire (2).

524^{bis}. — En sens inverse, il peut arriver que l'une des parties fasse prévenir le président qu'elle ne peut comparaître ou même qu'elle s'abstienne simplement de se présenter.

Au premier cas, le président, dit l'art. 238, § 1, détermine le lieu où sera tentée la conciliation ; il a donc une liberté entière pour fixer cet endroit, à condition toutefois de ne pas sortir de l'arrondissement, circonscription à laquelle est limitée sa compétence.

La loi ne dit pas que l'impossibilité doit être dûment constatée ; le président a donc le droit d'apprécier si elle est réelle.

525. — Lorsque le défendeur se trouve hors de l'arrondissement, l'art. 238, § 1, permet au président de donner commission rogatoire de l'entendre ; il interrogera lui-même le demandeur, moyen évidemment peu pratique d'opérer une conciliation.

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 104.

(2) V. *suprà*, n° 299.

Aussi aurait-il été plus simple d'édicter des mesures destinées à permettre d'entendre ensemble les deux parties.

326. — On paraît croire (1) que le législateur s'est conformé à cette idée, et on pourrait dire en cesens qu'il n'existe aucun motif d'établir une distinction (2).

Nous avons déjà fait pressentir que notre opinion est différente ; on ne peut, où la loi dit *défendeur*, ajouter *demandeur* : la contexture même de l'article 238 rend toute extension impossible ; *si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité..... ce magistrat..... donne commission pour entendre le défendeur* (3).

Force nous est de reconnaître que le législateur eût mieux fait d'adopter la solution contraire : on peut, il est vrai, dire que le défendeur subissant l'instance, il n'est pas juste de lui enlever les moyens de se défendre ; mais est-il équitable d'empêcher la commission rogatoire destinée à permettre l'audition du demandeur (4) ?

Aussi serions nous disposé à attribuer l'art. 238, § 1, à une inadvertance, si l'Exposé des motifs n'indiquait clairement l'intention de distinguer.

327. — A second cas, c'est-à-dire si l'une des parties s'abstient de se présenter sans avoir avisé le président de l'impossibilité où elle se trouve, il faut également adopter une solution différente, suivant que la partie qui fait défaut est le demandeur ou le défendeur.

Si c'est le demandeur, il sera naturellement consi-

(1) Planiol, *loc. cit.*

(2) V. n° 312.

(3) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 60.

(4) V. n° 311.

déré comme ayant abandonné l'instance; rien ne l'empêchera donc de la recommencer.

328. — Si c'est le défendeur qui fait défaut, la loi ne lui permet pas de faire opposition; le président est alors obligé d'autoriser, par une ordonnance, le demandeur à citer son adversaire, absolument comme si la comparution contradictoire avait eu lieu et n'avait pas été suivie de conciliation.

329. — On a pourtant (1) accordé au président le droit d'ajourner, en ce cas, la comparution à une époque où le défendeur pourra y assister.

Cette opinion nous paraît en désaccord avec le texte de l'art. 238 qui n'accorde pas une faculté, mais impose une obligation au président; en mettant sur la même ligne la non-conciliation, qui ne permet certainement pas au président d'ajourner la comparution, et le défaut, le législateur montre quelle solution il entend donner dans le dernier cas.

Cette nécessité de la comparution personnelle ne supporte aucune exception.

La Cour de Paris a cependant, avec raison selon nous, jugé (2) que, si l'époux défendeur est en train de subir une peine afflictive et infamante, il peut être représenté par le tuteur que lui a fait nommer son interdiction légale. Des motifs spéciaux que nous avons déjà étudiés (3) rendent cette solution exacte.

330. — Nous croyons que l'art. 238, § 1, doit être observé à peine de nullité et que cette sanction devra être admise, soit lorsqu'il n'y aura pas eu de comparution personnelle, soit lorsque l'essai de conciliation n'aura

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 102, et *Loi de 1886*, n° 60.

(2) Paris, 7 avril 1887, *Journ. de Proc.*, 1887, art. 1298, p. 202.

(3) V. n° 110.

pas été tenté. L'instance, dans ces hypothèses, ne serait pas complète.

331. — A la suite de l'entrevue qui a dû avoir lieu devant lui entre les époux (1), le président, s'il n'a pu concilier les parties, rend une ordonnance qui permet au demandeur de citer le défendeur devant le tribunal (art. 238, § 1).

332. — Il est cependant permis au président d'ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours (art. 238, § 6). Cette disposition nous paraît, comme les précédentes, et pour les mêmes motifs, applicable à la conversion; car elle fait partie des mesures destinées à provoquer les réflexions du demandeur.

333. — Les termes mêmes qu'emploie la loi indiquent qu'après l'expiration du délai, les parties devront se présenter devant le président; il sera rendu alors une troisième et dernière ordonnance.

334. — C'est la seconde ou la troisième ordonnance qui constitue le point de départ du délai dans lequel la citation doit avoir lieu; l'art. 236, § 7 (loi de 1886), innovant sur ce point, oblige le demandeur à citer le défendeur devant le tribunal dans les vingt jours qui suivent l'ordonnance.

La sanction de cette prescription n'est pas bien grave : le demandeur perd simplement le bénéfice des mesures provisoires qu'il aura obtenues du président (art. 238, § 8); le tribunal pourra cependant voir dans la longueur du délai une renonciation tacite à l'instance, et le demandeur devra alors la recommencer.

(1) *Contra*, Douai, 15 juin 1887. Mais la chambre des requêtes a admis le 12 novembre 1887 un pourvoi contre cet arrêt. (*Gazette des Tribunaux* du 16 juin.)

§ 2. — PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL.

333.— L'assignation signifiée au défendeur l'oblige à comparaître, comme dans la procédure ordinaire, à huit jours francs devant le tribunal (art. 310, § 1), et à l'audience fixée par l'ordonnance du président (art. 310, § 4).

336.— Plusieurs questions doivent être traitées ici :

1° Dans quelle forme le tribunal doit-il procéder ?

2° De quelles manières se fait la preuve ?

3° Quelles sont les fins de non-recevoir ?

4° Les demandes reconventionnelles sont-elles possibles ?

1. — Forme dans laquelle le tribunal doit procéder.

337.— Un juge rapporteur a dû, aux termes de l'art. 310, § 4, être nommé par l'ordonnance du président qui a autorisé la citation ; son rôle est d'exposer au tribunal les faits et les motifs qui, d'après lui, peuvent militer en faveur, soit de la conversion, soit du maintien de la séparation de corps ; le rapport nous semble prescrit à peine de nullité, car la loi l'exige impérativement et il paraît constituer une des règles essentielles de la procédure (1).

338.— Le Ministère public joue ici, comme dans toutes les questions d'état et notamment dans les instances en divorce (art. 339, § 1), un rôle considérable ; il a dû prendre, en vertu de l'ordonnance du président,

(1) Ainsi préjugé par l'admission du pourvoi contre un arrêt rendu par la Cour de Bourges, le 12 janv. 1887 ; — Req., 14 décembre 1887 ; *Droit* du 15 ; *Loi* du 17 ; *Gazette des Tribunaux* du 18.

communication de l'affaire (art. 310, § 4), et donnera ses conclusions avant la prononciation du jugement.

539. — Les parties ne sont pas, comme lors de la tentative de conciliation, obligées de se présenter personnellement non seulement elles peuvent; se faire assister (nous l'avons admis même pour la comparution personnelle)(1), mais elles ont le droit de se faire représenter suivant les règles admises dans les instances ordinaires. C'est ce qui a été dit formellement, lors de la discussion de la loi de 1884, par le rapporteur de la commission du Sénat (2) : « Après cette discussion contradictoire dans laquelle, bien entendu, les parties peuvent se faire représenter par avoués et par avocats. » Tous les essais de conciliation ont, en effet, été épuisés; il ne reste au tribunal qu'à s'entourer des renseignements nécessaires pour user équitablement de son pouvoir d'appréciation (3).

540. — Le tribunal devra, aux termes de l'article 310, § 3, examiner l'affaire en Chambre du conseil.

Cette disposition, dont le but est d'éviter un trop grand retentissement donné à des débats souvent scandaleux, et qui figurait déjà dans la loi du 27 juillet 1884, ne nous paraît pas heureuse, quoique la proposition de loi présentée au Sénat et à la Chambre en 1886 la maintienne (§ 2).

Nous n'allons pas jusqu'à désirer, comme certains membres du Sénat, la publicité obligatoire du débat

(1) V. n° 299.

(2) Sénat, 24 juin 1884 (*Journal off.* du 25, Débats parlementaires, Sénat).

(3) *Sic*, Carpentier, *Traité du divorce*, n° 407; — Poulle, p. 193. — V. aussi pour le divorce proprement dit les autorités citées, n° 297, à la note.

par application du droit commun; si cette publicité est une garantie, elle est aussi un danger pour les époux et les enfants (1).

Mais nous croyons que la procédure générale du divorce possédait un remède suffisant contre ce danger; le huis clos obligatoire qui figurait dans le Code civil (art. 241) a été remplacé, dans la loi de 1886 (art. 239, § 4), par la faculté accordée au tribunal de l'ordonner; si les juges estiment qu'aucun scandale ne peut résulter de la publicité des débats, ils ne prononceront pas le huis clos.

Cette disposition très sage aurait gagné à être étendue à la conversion: cette dernière procédure ne peut être plus scandaleuse que celle du divorce et elle le sera peut-être beaucoup moins; souvent, en effet, la seule question agitée sera celle de savoir si une réconciliation a été opérée ou est possible; on ne discutera aucun fait.

341. — Nous ajouterons qu'une autre garantie se trouve dans l'art. 239, § 5, que nous n'hésitons pas, en vertu de la théorie que nous avons développée au début de ce chapitre (2), à étendre à la conversion: la reproduction des débats par la voie de la presse est interdite sous peine d'une amende de 100 à 2.000 fr., édictée par l'art. 39 de la loi du 30 juillet 1881. (*Sic*, art. 3, loi du 27 juillet 1884.)

342. — La compétence de la Chambre du conseil ne se restreint pas à la demande même en conversion; elle doit examiner également, quoiqu'on ait soutenu le

(1) Allou, Sénat, 24 juin 1884 (*Journal off.* du 25, Documents parlementaires, p. 1194, Sénat).

(2) V. nos 234 et suiv.

contraire (1), les demandes relatives aux mesures provisoires (2), par exemple aux aliments (3), ou à la garde des enfants (4); ces questions se lient intimement à l'instance principale, et il serait exagéré de demander deux débats différents, l'un pour la demande principale, l'autre pour les demandes accessoires.

343. — Il est d'ailleurs certain que la Chambre du conseil n'examinera aucune demande relative à des objets qui ne se rattachent pas au procès principal; qu'elle se refusera à se prononcer sur un règlement d'intérêts, par exemple, ou sur la validité d'une convention quelconque (5), un désaveu (6), l'interdiction de l'époux coupable ou de son conjoint (7). Ce sont là des questions spéciales pour lesquelles la garantie de la publicité est exigée et pour lesquelles la clandestinité n'offrirait aucun avantage.

344. — L'article 310, § 5, porte, ce qui était évident, que le jugement prononçant ou rejetant la conversion sera rendu en audience publique.

345. — Ajoutons qu'il sera, s'il prononce le divorce, conformément à l'art. 247, § 2, relatif au divorce, signifié

(1) Trib. Marseille, 21 novembre 1884; *Droit* du 17 décembre; — Rouen, 30 décembre 1884; *Droit* du 18 mars 1885; — Trib. Seine, 20 juin 1885; *Gazette des Tribunaux* du 6 février 1886; Carpentier, *Loi de 1886*, n° 207.

(2) Req., 2 février 1887 (implic.), *Loi* du 11.

(3) Paris, 10 juillet 1885; *Gazette du Palais*, 85, 2, 172; — Paris, 21 janvier 1886; *Gazette des Tribunaux* du 28. — *Contra*, Trib. Moulins, 12 mai 1887; *Droit* du 10 juin; *Loi* du 18 décembre.

(4) *Contra*, 5 mars 1886; *Gazette des Tribunaux* du 7.

(5) Nîmes, 7 mars 1885, S. 86, 2, 179.

(6) Paris, 8 avril 1886; *Droit* du 16.

(7) Trib. Seine, 6 décembre 1884; *Droit* du 21.

par un huissier commis, s'il est prononcé par défaut. Cette signification peut être faite, d'après le droit commun, à personne ou à domicile ; mais nous verrons, en nous occupant de l'opposition, qu'elle est soumise à des formes spéciales quand la copie n'est pas remise entre les mains mêmes du défendeur défaillant.

546.— Le jugement qui prononce le divorce ne suit pas nécessairement la clôture des débats ; le tribunal peut même, après avoir reconnu le bien fondé de la demande, prononcer un sursis.

C'est ce que dit l'art. 246, § 1, que nous appliquons à la conversion (1), conformément à notre théorie générale.

547.— Nous reconnaissons que notre solution peut susciter une grave objection ; le droit de surseoir est accordé pour permettre la réflexion, et ici les parties ont pu réfléchir durant trois ans au moins.

Notre réponse est déjà faite : la gravité du divorce justifie l'extension à notre matière de toutes les mesures destinées à en retarder la prononciation.

D'ailleurs, l'art. 246, § 1, autorise le sursis « lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'art 232 ». La conversion eût dû, nous l'avons déjà dit (2), être rangée parmi les causes de divorce ; le texte est donc, en réalité, d'accord avec notre théorie. L'opinion contraire serait plus nuisible qu'utile au demandeur en conversion ; pour vouloir obtenir le divorce plus tôt, il risquerait de ne

(1) *Contra*, Trib. Die, 12 août 1886 ; *Gazette du Palais*, 86, 2.

(2) V. nos 33 et 34.

pas l'obtenir : le tribunal ne pouvant prononcer de sursis rejetterait peut-être la demande dans l'espoir d'une réconciliation.

348.— Cet ajournement, qui ne peut être prononcé qu'une seule fois (1), car il ne doit pas aboutir à une prolongation indéfinie de l'instance, ne peut excéder six mois.

Pendant ces six mois, les époux réfléchiront; si la réconciliation ne s'est pas opérée et si le demandeur poursuit ses prétentions, le tribunal devra prononcer la conversion sans même pouvoir user de son droit d'appréciation. Les termes de l'art. 246 montrent, en effet, que le sursis ne peut être imposé aux parties que lorsque le tribunal a reconnu la nécessité du divorce, et comme dernière ressource. L'art. 246, § 3, n'est pas moins formel en ce sens et l'Exposé des motifs de la loi de 1886 (2) corrobore également cette opinion : « On n'a pas voulu donner aux juges le pouvoir de prolonger à leur gré la durée de l'instance; on a voulu que, le cas échéant, les parties pussent avoir le temps de réfléchir; mais quand, l'épreuve terminée, elles persistent, le tribunal doit prononcer le divorce. Au bout de ce temps, la décision doit être nécessairement rendue immédiatement si l'une des parties le requiert. »

Le sursis équivaut donc à une conversion conditionnelle; le tribunal, usant de son pouvoir d'appréciation, a prononcé le divorce pour le cas où la réconciliation ne se produirait pas; et l'époux qui a refusé de se rapprocher ne pourrait plus, après l'expiration du délai,

(1) Poulle, p. 174; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 117.

(2) Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 8.

si son conjoint le cite à comparaître devant le tribunal, demander ce rapprochement (1).

349.—Un second cas d'ajournement est prévu par l'article 247, § 1, qui contient une innovation de la loi de 1886 : l'assignation peut n'avoir pas été remise à la personne même du défendeur et on peut alors supposer qu'il ne l'a pas reçue : cette crainte devient une présomption si, dans la même hypothèse, le défendeur fait défaut. Aussi, le tribunal peut-il refuser d'admettre en ce cas la conversion ; il a le droit, avant de prononcer sur le fond, d'ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître la demande au défendeur.

350.—Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement (art. 249).

On a donné pour motif de cette disposition que l'acquiescement équivalait à une transaction sur l'état, et au divorce par consentement mutuel.

Cette raison nous paraît étrange : on n'interdit pas l'acquiescement tacite qui résulte du défaut d'appel ou de pourvoi en cassation, ou même du désistement de l'acte d'appel ou du pourvoi (2). Pourquoi défendre l'acquiescement exprès ?

II. — *Preuve des faits invoqués.*

351.—Si la conversion ressemblait encore à ce qu'elle était sous le Code civil (3), aucune difficulté de preuve

(1) Trib. Péronne, 6 mai 1887 ; *France judiciaire*, 1887, n° 303 ; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 117. — *Contra* : Rouen, 18 juillet 1885 ; *Gazette du Palais*, 1886, Table, v° *Divorce*, n° 14.

(2) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 144 ; — Depeiges, n° 110 ; — Madier, *Loi du 4 avril 1886* ; — Poulle, *Recueil du divorce*, 1887, p. 193.

(3) V. *suprà*, n° 157.

ne pourrait s'élever; la seule présentation du jugement prononçant la séparation de corps aurait suffi pour obliger le tribunal à y substituer le divorce.

Il n'en est pas de même aujourd'hui, et nous avons vu que le tribunal peut diriger comme il l'entend son pouvoir d'appréciation; il a le droit d'admettre la preuve de faits postérieurs, soit de la part du demandeur en séparation, soit de la part du défendeur; il peut aussi s'inquiéter des sentiments religieux des conjoints, de leur situation de fortune, des chances de réconciliation (1), etc.

332. — Comment se prouveront tous ces faits ?

De la même manière que s'il était question d'une demande principale en divorce.

S'agit-il d'un adultère ? Il se prouvera par tous les moyens possibles et même par de simples présomptions, en raison de l'impossibilité de se procurer une preuve directe (2).

Il en serait de même d'une injure grave; si l'un des époux allègue, par exemple, les paroles injurieuses pour lui prononcées par son conjoint, il recourra à tous moyens de preuve.

Nous n'entrons pas dans le détail de ce qui peut constituer un fait donnant lieu à la conversion (3). Une telle étude, qui ne présenterait, d'ailleurs, que peu d'intérêt, rentre plutôt dans une théorie générale du divorce.

(1) V. sur tous ces points, *suprà*, nos 185 et suiv.

(2) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 14, et *Loi de 1886*, n° 5; — Poulle, p. 106; — Trib. Louvain, 24 novembre 1877; — *Belgique judiciaire* 1878, p. 12.

(3) Voyez, dans tous les auteurs, le commentaire des art. 229 à 232 C. civ.

533. — Les juges trouveront encore des éléments d'appréciation dans les chances de réconciliation, les paroles prononcées par les époux, les démarches faites par eux ou auprès d'eux. Il y a impossibilité morale de se procurer un écrit; l'article 1348 trouve donc ici son application.

534. — Il est deux modes de preuves qui, en raison de leur importance, méritent une mention spéciale : ce sont l'écrit et le témoin, c'est-à-dire les lettres et les enquêtes.

535. — *1^o Lettres.* — Il est certain que les lettres peuvent servir de preuve, car elles sont de nature à manifester sans détours les faits ou les sentiments (1).

La seule question discutée est celle de savoir si l'un des époux peut s'emparer par fraude ou par violence de la lettre écrite à ou par son conjoint, et la produire en justice. De graves controverses se sont élevées sur ce point pour la demande principale en séparation de corps ou en divorce. Il est certain qu'en principe nul ne peut produire une lettre adressée à un tiers ou écrite par lui-même si la lettre est venue en sa possession, sans fraude ni violence (2).

536. — On reconnaît que par exception l'époux peut produire les lettres sans avoir à justifier la régularité de sa possession : cette doctrine, admise généralement pour le mari, en vertu de son autorité domestique, a été récemment étendue, par une opinion qui nous

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 70; — Labbé, *Revue critique*, 1883, p. 68; — Pouille, 122; — Demolombe, *Mariage*, II, 394; — Aubry et Rau, t. V, 4^e édit., p. 180, § 491, note 33; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 697; — Carpentier, *Loi de 1886*, n^o 14.

(2) Req., 11 mai 1887, S. 87, 1, 264.

paraît exacte, à la femme. L'union intime qui résulte du mariage doit obliger les époux à une communauté de sentiments et de relations ; il est immoral que l'un d'entre eux entretienne des communications dont l'autre n'a pas connaissance ; il y a une sorte d'infidélité morale à exprimer dans une lettre des sentiments que le conjoint ne doit pas connaître (1).

537. — Nous croyons toutefois que, en ce qui concerne la demande en conversion, la théorie doit être modifiée : cette communauté de sentiments n'existe plus entre les époux, puisque la séparation de corps a déjà détruit les liens d'affection qui pouvaient les unir ; le fondement même du droit de la femme a donc disparu.

Quant au mari, son droit reste intact : l'autorité maritale n'est pas atténuée par la séparation de corps et dure jusqu'à la dissolution du mariage ; nous n'allons pas jusqu'à prétendre qu'il puisse encore intercepter les lettres de sa femme et demander que celle-ci lui en donne connaissance, mais il peut exiger que sa femme n'entretienne pas de relations scandaleuses, et prouver, par la production de lettres, l'existence de ces relations. Telle est, d'une manière sommaire, la théorie de la preuve par lettres ; elle exigerait, pour être traitée complètement, par développements qui nous feraient sortir de notre sujet.

538. — Ce que nous disons des lettres s'applique également aux dépêches télégraphiques ; il nous paraît certain cependant qu'on ne pourra faire des recherches

(1) Labbé, Planiol, *loc. cit.* ; — Lyon, 6 mars 1883, D. 83, 2, 194.

dans le bureau expéditeur pour retrouver les originaux des télégrammes, car il ne saurait être permis de déranger ces dépôts publics pour des intérêts privés (1).

559.— 2^e *Enquête*. — Sous l'empire du Code civil et de la loi de 1884, l'enquête était, en matière de divorce, soumise à des formalités nombreuses et compliquées. Les parties commençaient par faire connaître leurs témoins devant le tribunal (art. 243); lecture était ensuite donnée du procès-verbal (art. 244); puis le tribunal fixait le jour de l'audience publique. Le jugement rendu à cette audience ordonnait l'enquête (art. 246-249), déterminait le jour et indiquait les témoins à entendre (art. 252). Cette enquête se faisait à huis clos, devant le tribunal tout entier (art. 253), puis la cause était renvoyée à une nouvelle audience publique (art. 256) où, après l'audition du rapport du juge et les conclusions du Ministère public (art. 257), le jugement définitif (art. 258) ou le jugement de sursis (art. 259) était prononcé.

560.— La longueur de cette enquête la distinguait tellement de celle du droit commun, que les travaux préparatoires de la loi de 1884 manifestaient déjà la nécessité de la supprimer. On parlait de cette idée, dont nous avons déjà signalé la fausseté, que le législateur avait voulu, autant que possible, écarter le divorce dont il n'était pas partisan. Le Code civil avait tout simplement, par les sages lenteurs de la procédure, cherché à forcer les parties à réfléchir sur la dissolution de leur mariage.

(1) Pau, 7 janv. 1888 ; *Le Temps* du 10.

561. — Quoi qu'il en soit, la question qui se présentait alors était celle de savoir s'il fallait, pour la conversion, se contenter des formes du droit commun ou exiger celle des art. 242 et suiv. du Code civil.

Ce problème ne pouvait se poser sous l'empire du Code civil : la demande ne s'appuyant que sur la séparation de corps antérieure, aucun fait n'avait besoin d'être prouvé.

Il en est autrement depuis la loi du 27 juillet 1884 qui, en instituant le pouvoir d'appréciation des tribunaux, a nécessité, dans presque toutes les instances en conversion, la preuve de faits nombreux.

562. — On paraissait admettre généralement que les formes du Code de procédure étaient applicables, les lenteurs du Code civil étant inspirées par des motifs spéciaux à la demande en divorce proprement dite.

Nous avons déjà montré (1) pourquoi cet opinion est, à nos yeux, inexacte : le divorce est une chose aussi grave, aussi féconde en conséquences malheureuses lorsqu'il est précédé de la séparation de corps que s'il est demandé directement.

563. — En outre, il est certains articles du Code civil, même dans la matière spéciale de l'enquête, qu'on était bien forcé d'appliquer à la conversion : l'art. 251, dérogeant au Code de procédure, permettait d'entendre les parents et domestiques des époux ; le motif de cette dérogation obligeait de l'étendre à la conversion : elle est basée sur ce que les parents et les domestiques assistent fréquemment aux discussions

(1) Nos 234 et suiv.

conjugales, aux faits de toute nature qui peuvent entraîner une demande en divorce.

Aussi, croyons-nous qu'aucun doute n'aurait pu se produire sur l'application de cet article; mais était-il possible de scinder une même formalité de la procédure en l'étendant pour partie à la conversion et en la restreignant pour l'autre partie au divorce?

364. — La question est devenue beaucoup moins importante depuis la loi de 1886; aux termes de l'art. 245, § 1, l'enquête est faite aujourd'hui, en matière de divorce, conformément aux articles 252 et suiv. du Code de procédure.

Ainsi, un jugement détermine, avec les faits à prouver, le juge devant qui se fera l'enquête (art. 253 C. pr.); l'enquête ne se fait donc plus devant le tribunal tout entier (1). En outre, elle doit être commencée dans la huitaine qui suit la signification du jugement à avoué (art. 257 C. pr.), et non plus dans le délai fixé par le tribunal. Enfin, elle doit être terminée dans la huitaine qui suit l'audition des premiers témoins, si le jugement n'a fixé un plus long délai (art. 278 C. pr.); le tribunal n'a plus la faculté de la faire durer aussi longtemps qu'il le veut (2).

365. — Nous n'insisterons pas sur les autres règles générales de l'enquête qu'il faut, sans hésitation, appliquer ici : une commission rogatoire peut notamment

(1) Trib. Seine, 12 juillet 1886; *Recueil de Procédure*, 1887, art. 1226, p. 512.

(2) Trib. Arlon, 11 février 1886; *Droit* du 4 mars; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 113. — La question n'a rien de commun avec celles qui sont traitées *suprà*, nos 306 et 326.

être donnée (art. 255 C. pr.) pour entendre les témoins trop éloignés (1); le tribunal pourra accorder, sur la demande de l'une des parties, une prorogation d'enquête (art 279 C. pr.). L'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier n'est pas recommencée (art. 293 C. pr.) (2).

566. — La contre-enquête suit l'enquête de droit (art. 256 C. pr.). L'exception que l'art. 251 du Code civil apportait à l'art. 283 du Code de procédure a été maintenue par l'article 245, § 2 : « Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus. »

La dérogation est pourtant, en un point, moins forte qu'autrefois : les descendants ne peuvent pas plus être entendus que dans les enquêtes ordinaires (3); on ne recevra même pas la déposition des tiers qui prétendront avoir écouté les confidences des enfants (4). Le Code civil permettait simplement de les reprocher.

567. — L'art. 251 était plus clair que ne l'est l'art. 245, § 2; il spécifiait que les parents et domestiques ne

(1) Tout en admettant cette solution, un jugement du tribunal de la Seine du 12 mai 1887 (*Droit* du 24 mai, *France judiciaire*, 1887, p. 294) la restreint au cas où il serait nécessaire d'entendre des témoins malades ou non touchés par la citation; nous ne voyons pas sur quoi reposerait une telle distinction; car on ne peut évidemment prétendre que la loi de 1886 a voulu, en matière de divorce, abréger la procédure du droit commun.

(2) *Contrà* : Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 90; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 416. — Cette opinion nous paraît d'autant moins soutenable que les mêmes auteurs font avec nous l'application à la procédure du divorce des autres articles relatifs à l'enquête.

(3) Riom, 18 juillet 1887; *France judiciaire*, 1887, p. 351.

(4) Trib. Blois, 26 mai 1886; *Loi* du 8 avril.

pouvaient être reprochés à raison de cette qualité; c'était indiquer que toutes les autres causes de reproches du Code de procédure s'appliquaient (1).

Il faut évidemment encore décider de même aujourd'hui; nous ferons cependant exception, avec l'opinion générale (2), pour les témoins qui auront bu et mangé avec les parties; cette circonstance, loin de rendre le témoin suspect, doit faire espérer, comme dans le cas de parenté, qu'il donnera des renseignements plus précis.

III. — *Fins de non-recevoir.*

568. — L'article 249 énumère deux fins de non-recevoir, c'est-à-dire deux événements qui empêchent le tribunal de donner suite à la conversion : la réconciliation (§ 1) et le décès de l'un des époux avant la transcription sur les registres de l'état civil (§ 3). Le premier de ces événements a fait cesser la séparation de corps, c'est-à-dire a détruit la première des conditions exigées pour le divorce; le second, en dissolvant le mariage, a rendu inutile une nouvelle dissolution.

Les détails que nous avons déjà donnés sur ces deux fins de non-recevoir (3) nous dispensent d'y revenir.

569. — Nous nous sommes également demandé si la prescription peut constituer une fin de non-recevoir (4).

570. — On étudie souvent, à propos du divorce et

(1) Bruxelles, 20 avril 1874; Pasierisie, 1874, 2, 225; — Laurent, *Principes*, 3, 234; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 454.

(2) Demolombe, *Mariage*, t. II, p. 533; — Poulle, p. 462.

(3) Nos 128, 75.

(4) Nos 145 et suiv.

de la séparation de corps, la question de savoir si la réciprocité de torts constitue une fin de non-recevoir ; la jurisprudence ne paraît pas bien fixée sur la solution à admettre (1).

La question ne peut se poser dans le système que nous avons déjà adopté sur le point de savoir au profit de quel époux la conversion peut être admise (2). La conversion, avons-nous dit, ne doit être prononcée au profit de personne ; elle n'est qu'une aggravation de la séparation de corps et la loi règle elle-même la nature de cette aggravation ; le juge n'a donc qu'une chose à examiner : y a-t-il lieu de prononcer le divorce ? Les torts de l'époux qui a obtenu la séparation peuvent être de quelque poids dans sa décision et lui servir d'éléments d'appréciation ; mais ils ne doivent pas avoir plus d'influence sur lui que le repentir de l'époux coupable, que la possibilité de la réconciliation, que les sentiments chrétiens des parties. Le tribunal est maître de sa décision ; il n'est pas forcé d'en donner des motifs sérieux, mais il ne peut pas non plus, quelque importantes que soient ses raisons, les invoquer pour modifier les effets de la conversion.

(1) V. notamment Orléans, 13 novembre 1884 ; *Gazette du Palais*, 85, 4, III ; — Paris, 20 octobre 1886 ; *Loi* du 28 octobre ; — Toulouse, 12 mai 1886 ; *Loi* du 15 janv. 1887. — *Addé* sur la question, Coulon et Faivre, *Manuel*, p. 66 ; — Goirand, *Traité du divorce*, p. 114 ; — Frémont, *eod.* n^{os} 336 et suiv. ; — Baudry Lacantinerie, *Du divorce*, p. 57 ; — Vraye et Gode, *Traité du divorce*, sur l'art. 230, n^o 42 ; — Carpentier, *eod.* n^o 69, et *Loi de 1886*, n^o 22.

IV. — *Demandes reconventionnelles.*

371.— Supposons que, pendant l'instance en divorce provoquée par l'un des conjoints, l'autre époux veuille demander lui-même la dissolution du mariage, afin d'obtenir les avantages qui résultent, au profit de l'époux innocent, de tout divorce. Quelle procédure devra-t-il suivre?

Avant la loi de 1886, il était forcé de recourir à la procédure ordinaire du divorce, c'est-à-dire de reprendre, dès le début, une instance semblable à celle qui était dirigée contre lui. L'opinion contraire, adoptée par un certain nombre de décisions judiciaires, était en désaccord avec les principes.

Aujourd'hui, l'article 239, § 3, dans le but d'abrégier la procédure, permet au défendeur d'introduire sa demande reconventionnelle par un simple acte de conclusions (1).

372.— Cette disposition, quoiqu'elle ait reçu une approbation presque générale lors des travaux préparatoires (2), nous paraît très critiquable : elle a bien le mérite, — qui n'en est pas un pour nous (3), — de diminuer la longueur de la procédure ; mais elle enlève encore une partie des garanties déjà si réduites que la loi exigeait pour faire du divorce un acte réfléchi : nous ne trouvons pas ici les deux comparutions successives devant le président qui constituent un double essai de conciliation (4). C'est en vain qu'on a exposé au Sénat que

(2) Nos 203 et suiv.

(1) M. Denormandie, *Sénat*, 10 décembre 1885 (*Journal officiel* du 11, p. 1281, Documents parlementaires, *Sénat*.)

(2) V. *suprà*, nos 255 et suiv.

(3) V. *suprà*, nos 289 et suiv.

ces deux comparutions avaient eu lieu pour la demande principale ; qu'elles avaient eu, à l'époque où elles sont intervenues, un autre but ; qu'on y avait examiné d'autres questions et que, d'ailleurs, le demandeur reconventionnel, ancien défendeur, n'avait assisté qu'à la seconde.

575. — De grandes difficultés sont déjà nées de l'application du nouvel article 239, § 3 : faut-il décider qu'une demande en divorce peut être, en se conformant à cet article, introduite reconventionnellement à une demande en séparation, et réciproquement (1) ?

574. — En ce qui concerne la conversion, nous croyons qu'en général l'art. 239, § 3, ne reçoit aucune application.

La question se pose en ces termes : lors de la demande en conversion, le défendeur peut-il reconventionnellement, par un simple acte de conclusions, demander la conversion à son profit ?

Pour nous, il ne le peut pas, et cela par la bonne raison que la conversion ne peut être prononcée au profit de personne et que les tribunaux ne sont pas maîtres de ses effets (2). A quoi bon, dès lors, permettre une demande reconventionnelle dont l'objet sera le même que celui de la demande principale ?

(1) V. sur ces graves questions, qui sont complètement en dehors de notre sujet, Carpentier, *Loi de 1886*, nos 84 et 85, et *Traité du divorce*, n° 173 ; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 705 ; — Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 122 ; — Poulle, *Le divorce*, p. 155 ; — Pau, 26 janvier 1885, S. 86, 2, 210 ; — Chambéry, 18 mai et 7 juin 1885 ; *Droit des 8 et 23 juin 1886* ; *Gazette des Tribunaux* du 21 novembre 1886 ; — Trib. Seine, 16 décembre 1886 ; *Droit et Loi* du 18 ; — Trib. Marseille 12 novembre 1886 ; *Recueil du divorce*, 1887, p. 19 ; — Rapp. *Exposé des motifs et discussions de la loi de 1886* ; — Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 14 et 123 ; — Sénat, 22 décembre 1885 (*Journal officiel* du 23, Débats Parlementaires, Sénat, p. 1357 et 1358).

(2) V. *suprà*, nos 203 et suiv.

575. — Le système qui permet de prononcer la conversion au profit de l'un ou de l'autre des époux admettra sans doute l'opinion contraire, et ce sera logique; car la demande reconventionnelle en conversion ne sera qu'une demande reconventionnelle en divorce.

576. — On peut encore prévoir le cas où l'époux répondra à la demande en conversion par une demande proprement dite en divorce; nous chercherons à montrer bientôt (1) que cette faculté appartient, dans certains cas, à l'époux contre lequel la séparation aura été prononcée. Il y aura alors deux demandes qui, toutes deux, sont des demandes en divorce, et l'art. 239, § 3, trouvera son application.

577. — Nous pouvons supposer en sens inverse que l'ancien défendeur en séparation demande le divorce par voie directe; si l'ancien demandeur répond par une demande en conversion de la séparation de corps, on sera en présence d'une double demande en divorce soumise à l'article 239, § 3. Ces divers points ne présentent aucun doute.

§ 3. — DES VOIES DE RECOURS.

578. — Nous étudierons les voies de recours dans l'ordre usité, c'est-à-dire que nous nous occuperons successivement de l'opposition, de l'appel, du pourvoi en cassation et de la requête civile.

I. — *Opposition.*

579. — Les ordonnances du président ne sont pas susceptibles d'opposition. Cela est de toute évidence

(1) V. n° 473.

pour la première que le défendeur n'a même pas à connaître et qui est rendue à la suite d'une entrevue spéciale du président avec le demandeur.

580.—Quant à la seconde ordonnance, le texte même indique qu'elle n'est pas susceptible d'opposition. L'art. 638, § 3, ne mentionne comme voie de recours que l'appel; l'art. 238, § 1, porte qu'en cas de défaut, le président autorisera à citer, sans dire que cette autorisation puisse être entravée par une opposition; enfin l'art. 238, § 3, renvoie à l'article 809 du Code de procédure qui rejette formellement l'opposition.

La faculté accordée au président par l'article 238, § 6, d'ajourner les parties à vingt jours, a paru avec raison au législateur rendre l'opposition inutile (1).

581.—En ce qui concerne les jugements, le Code civil ne mentionnait pas l'opposition, et, malgré des objections considérables, la jurisprudence en avait conclu qu'elle n'existait, ni en matière de divorce proprement dit (2), ni en matière de conversion (3).

582.— La controverse n'est plus possible aujourd'hui. En vertu de l'article 247, § 3, l'opposition est recevable en matière de divorce. Elle l'est également en matière de conversion (4), même dans la théorie que nous avons rejetée; car, en écartant la procédure du divorce, on est obligé d'admettre l'opposition par application du droit commun.

583.—Il existe pourtant un intérêt à fonder l'oppo-

(1) En ce sens, Carpentier, *Loi de 1886*, n° 72. La question était très controversée autrefois.

(2) Trib. Coulommiers, 21 novembre 1884, et Trib. Seine, 10 décembre 1885, S. 85, 2, 47.

(3) Paris, 25 mars 1886, S. 86, 2, 131.

(4) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 132.

sition sur l'article 247, car elle n'est pas soumise aux délais du droit commun.

L'article 247, § 3, distingue suivant que la signification du jugement prononçant le divorce a été faite ou non à la personne.

Si elle a été faite à la personne, l'opposition n'est recevable que dans le mois de la signification.

Si elle n'a pas été faite à la personne elle est recevable dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité; cet acte de publicité consiste dans la publication par extrait dans les journaux que désigne le président sur requête du demandeur.

Ce délai de huit mois a été choisi comme étant le délai maximum des ajournements adressés aux personnes qui n'habitent pas en France (art. 73, § 4, C. pr.). On a voulu éviter des surprises, c'est-à-dire imposer le divorce à un défendeur qui n'aurait pas eu connaissance de la procédure. On peut donc mettre cette mesure très sage à côté de l'obligation de signifier le jugement par huissier commis et à côté de la mesure de publicité prescrite par l'article 247, § 1.

584. — On s'est demandé si ce délai de huit mois empêche l'application de l'article 156 du Code de procédure, aux termes duquel un jugement obtenu par défaut est non avenu s'il n'est pas exécuté dans les six mois.

On a admis l'affirmative (1), qui a été également adoptée par l'instruction de la Chambre des avoués du tribunal de la Seine (2).

(1) Poulle, p. 177; — Carpentier, *Loi de 1886*, nos 400 et 433; — Depeiges, n° 43.

(2) Chap. 2, § 3; — Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 234.

Cette opinion se fonde sur ce que le demandeur ne doit pas songer à exécuter le jugement tant qu'il peut craindre une opposition.

585. — Nous croyons devoir proposer la doctrine contraire : l'article 156 de Code de procédure impose au demandeur une obligation absolue qui ne peut fléchir que devant un texte formel.

D'un autre côté, il a été dit formellement au Sénat que le délai de huit mois n'empêche pas le commandement, la saisie, la liquidation de reprises. Les mesures d'exécution sont donc possibles, et par suite nécessaires ; elles constitueront même un moyen indirect de provoquer le défendeur à faire opposition et diminuer par là la longueur de la procédure.

586. — Le jugement définitif n'est pas le seul qui soit susceptible d'opposition ; quoique la loi ne parle pas des autres jugements et qu'on puisse dire qu'ils sont par suite soustraits à cette voie de recours, nous croyons préférable de les y soumettre pour les motifs que nous développerons en étudiant l'appel (1).

II. — Appel.

587. — Les ordonnances du président sont-elles susceptibles d'appel ?

Il nous paraît certain, malgré l'autorité du seul arrêt qui ait statué sur la question (2), que la première ordonnance ne peut être l'objet d'un appel. Le président n'a pas eu le choix entre deux solutions ; il a été

(1) En ce sens, pour le jugement de sursis, Trib. Péronne, 6 mai 1887 ; *France judiciaire*, 1887, p. 303.

(2) Alger, 2 février 1885, S. 86, 2, 180.

forcé d'ordonner une seconde comparution si le demandeur n'a pas consenti à abandonner ses prétentions; on ne peut donc soutenir qu'il a mal jugé.

Nous ne voyons pas d'ailleurs l'intérêt que pourraient avoir l'une ou l'autre des parties à interjeter appel : le demandeur a obtenu ce qu'il désirait, et quant au défendeur, il n'a rien perdu, puisque l'ordonnance ne peut constituer un préjugé contre lui.

588.—Quant à la seconde ordonnance, suivie ou non d'une troisième, et à la troisième s'il y en a eu une troisième, l'appel en est possible, et elles sont exécutoires par provision (art. 258, § 3).

Cet appel doit être interjeté dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure, c'est-à-dire dans la quinzaine.

589.—Mais le délai de quinzaine ne court pas, à notre avis, comme le veut cet article, de la signification de l'ordonnance; si l'article 809 exige une signification, c'est qu'il a trait aux ordonnances de référé, c'est-à-dire à des ordonnances qui n'ont pas été précédées d'une procédure contradictoire. Toute comparution des parties exclut la signification qui ne saurait avoir pour objet que de porter à la connaissance de l'une des parties un événement auquel elle n'a pas assisté. C'est donc, selon nous, du jour même de l'ordonnance que courra le délai de quinzaine, à moins, bien entendu, et ceci encore est conforme au droit commun, que le défendeur défaillant n'ait formé opposition (1).

590.—Le droit d'interjeter appel de cette ordonnance paraîtrait singulier si l'on en était réduit aux notions

(1) V. pour plus de détails *infra*, n° 453 et suiv.

que nous avons dû donner jusqu'à présent : la mesure édictée par l'ordonnance ne paraît pas de nature à permettre l'appel. Cette ordonnance a dû obligatoirement, sauf le sursis, accorder l'autorisation de citer; le défendeur ne peut pas se juger lésé par une mesure qu'il ne pouvait éviter. Aussi, faut-il dire, dès à présent, que le président doit, depuis la loi de 1886, statuer provisoirement sur la résidence de la femme, les aliments, la garde des enfants, etc. Il semble naturel que l'un ou l'autre des époux, le demandeur comme le défendeur, puisse se pourvoir contre la décision qu'il ne juge pas conforme à ses intérêts.

Malgré ce motif, le droit d'appel nous paraît bizarre : il s'agit, ne l'oublions pas, de mesures qui par elles-mêmes sont provisoires, et que, par conséquent, le tribunal saisi après l'ordonnance du président peut, même sans réquisition (art. 240, §§ 1 et 2), modifier. La Cour d'appel de son côté réformera peut-être une décision que le tribunal, au même moment, appréciera autrement. Bien mieux, après que la Cour d'appel aura statué, le tribunal aura la faculté de détruire la mesure prise par cette dernière, de sorte qu'on aura le singulier spectacle d'une autorité judiciaire censurant une autorité supérieure.

591.— Signalons une singularité plus grande encore : la Cour d'appel n'aura pas le droit de rendre une décision si, avant qu'elle ait statué, le tribunal est saisi de la contestation ; cette solution, qui résulte formellement des travaux préparatoires, est d'accord également avec le caractère provisoire de la décision du président (1),

(1) Paris, 13 août 1886 ; *Pandectes françaises*, 86, 1, 380 ; — Poi-

même amendée ou maintenue par la Cour d'appel.

392. — Aussi, aurions-nous préféré qu'on suivît une proposition faite au Sénat lors de la discussion (1), et qui consistait à faire porter devant le tribunal l'appel de l'ordonnance du président; si, au moment de l'appel, le tribunal avait déjà été saisi de la demande principale, on aurait introduit l'appel par de simples conclusions; au cas contraire, par une assignation à trois jours francs.

393. — On peut encore interjeter appel du jugement définitif; on le peut aussi, à notre avis, du jugement qui admet ou rejette le sursis. Cette dernière question a été tranchée en sens contraire par un jugement qui s'est fondé sur ce que la loi n'admet pas formellement l'appel et sur ce qu'on se trouve en face d'une procédure spéciale (2). De ce que la loi s'abstient de permettre expressément un recours, on ne peut, selon nous, conclure à la non-existence de ce recours; nous avons montré, en effet, que la procédure du divorce doit être complétée par la procédure ordinaire (3).

Or, loin d'être contraire à la volonté du législateur, l'appel nous paraît conforme à son esprit; le jugement de sursis est assez important pour mériter l'examen de la Cour d'appel (4). D'un autre côté, le recours ralentira l'instance, et nous croyons que le législateur de 1886,

tiers, 9 mai 1887; *Recueil du divorce*, 1887, p. 171. — *Contrà* : Paris, 3 février 1887, même recueil, p. 170.

(1) M. Griffe, *Sénat*, 7 décembre 1885, *Journal officiel* du 8, p. 1261, Documents Parlementaires, Sénat.

(2) Trib. Péronne, 6 mai 1887; *France judiciaire*, 1887, 2, 303; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 124.

(3) N° 259 et suiv.

(4) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 135.

moins, il est vrai, que ses prédécesseurs, évite les mesures destinées à précipiter le dénouement.

594. — Telle était, d'ailleurs, la solution qu'on adoptait sous le Code civil, et sous la loi de 1884, où pourtant les textes ne prévoyaient que l'appel du jugement définitif (1). Leur rédaction limitative trouvait son explication, dans ce fait, qu'au moment de la promulgation du Code civil on était régi, au point de vue de la procédure, par la loi du 6 brumaire an II qui n'admettait l'appel que du jugement définitif.

595. — Aujourd'hui, l'article 248 règle l'appel qu'on peut interjeter du jugement définitif; il n'est recevable que dans les délais fixés par les articles 443 et suivants du Code de procédure, lorsque le jugement a été rendu contradictoirement : c'est donc dans le délai de deux mois que l'acte d'appel devra être signifié (art. 248, § 1). Le Code civil, dans le but louable de ralentir la procédure du divorce, avait accordé trois mois; mais la loi de 1884 (art. 263) était déjà, sur ce point, revenue au droit commun (2).

596. — Si le jugement est rendu par défaut, le délai ne court que du jour où l'opposition n'est plus recevable, c'est-à-dire de l'expiration du délai d'un ou huit mois dont nous avons parlé (art. 258, § 2). C'est encore

(1) Bruxelles, 46 juillet 1877; Pasierisic, 77, 2, 330; — Cass. belge, 21 avril 1881; Pasierisic, 84, 2, 206; — Cass. belge, 28 mai 1884, S. 85, 2, 41; — Laurent, 3, 246; — Goirand, p. 97; — Frémont, n° 621; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 180; — Vraye et Gode, 1^{re} édit., sur les art. 262 et 263, n° 3, p. 347; — Faivre, Coulon et Jacob, p. 495. — *Contra*: Massé et Vergé, *Droit civil*, § 142, p. 161.

(2) N° 382.

là, quoique la loi ne le dise pas, une application du droit commun.

Le Code civil et la loi de 1884 faisaient courir ce délai du jour de la signification, comme pour les jugements contradictoires. Cette anomalie, d'autant plus singulière qu'elle était en désaccord avec la lenteur habituelle de la procédure du divorce, s'expliquait en ce que, lors de la rédaction du Code civil, l'opposition n'était pas possible, et même après la promulgation du Code de procédure de 1807, on avait admis que la règle du Code civil n'avait pas subi de modifications; nous avons vu qu'au contraire la loi de 1886 permet formellement l'opposition.

597. — L'appel est suspensif : le droit commun le veut ainsi.

598. — Nous croyons qu'il en est de même du délai d'appel, dont l'expiration seule permet l'exécution du jugement; il est impossible, en effet, de rendre le jugement exécutoire par provision sans s'exposer aux plus graves difficultés : un nouveau mariage pourrait être contracté sur la foi du jugement admettant le divorce, et ce mariage serait peut-être annulé par la réforme de la décision.

599. — L'article 248, § 3, règle le mode d'instruction en appel : en cas d'appel, la cause s'instruit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente.

Sur ces deux points, la loi déroge au droit commun : les matières d'état doivent, en général, et en vertu du décret du 30 mars 1808 (art. 22), s'instruire en audience solennelle ; la jurisprudence avait, après quelques dis-

cussions, appliqué ce principe au divorce (1) et à la conversion (2).

Cette doctrine était certainement exacte en droit, puisqu'aucun texte ne dérogeait à la règle générale; mais il faut avouer qu'elle était fâcheuse pour les parties et peu conforme à l'esprit de la législation du divorce: la loi qui tenait en principe à la clandestinité des débats leur donnait ici une grande publicité.

Aussi, un décret du 28 avril 1885 avait déjà décidé, qu'en matière de divorce, la cause s'instruirait à l'audience ordinaire, et cette solution a été adoptée par la loi de 1886.

400. — Quant à l'urgence, elle ne constitue pas une innovation de la loi et nous paraît injustifiable. La procédure du divorce est plus longue que la procédure ordinaire; la loi nouvelle a maintenu ce principe, tout en y dérogeant sur bien des points. Ici, c'est la procédure du divorce qui se terminera le plus vite. On a voulu justifier cette disposition au Sénat, en disant que, de cette manière, la cause pourra venir pendant les vacances des tribunaux. Mais, pourquoi cette hâte est-elle plus nécessaire en matière de divorce que partout ailleurs? Le président ne peut-il pas statuer sur les mesures urgentes (3) avant que l'affaire ne soit portée devant le tribunal?

400 bis. — Ce motif a conduit certains auteurs (4) à

(1) Dijon, 12 décembre 1884 : — Bordeaux, 25 février 1885, S. 85, 2, 65.

(2) Douai, 5 février 1885, S. 85, 2, 65. — *Contrà* : Orléans, 5 février 1885, S. 85, 2, 65.

(3) V. *infra*, nos 450 et suiv.

(4) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 137.

expliquer autrement les mots *affaire urgente*, ou plutôt à les supprimer purement et simplement; cette expression, disent-ils, s'est perpétuée depuis le Code civil sans que les Chambres s'en soient préoccupées.

Inutile de réfuter cette opinion; on peut d'autant moins la soutenir que les travaux préparatoires de la loi de 1886 lui sont, comme nous venons de le montrer, absolument contraires.

400^{ter}. — En sens inverse, nous n'admettons pas que le divorce doive être jugé en appel comme *affaire sommaire*; ce serait exagérer la bizarrerie d'un texte par lui-même difficile à justifier; ce serait, en outre, priver les parties de garanties absolument indispensables (1).

401. — A part cette disposition spéciale, nous croyons que toutes les règles que nous énonçons pour la procédure en première instance s'appliquent à l'appel : la loi, en n'indiquant que les différences, montre que sur les points qu'elle ne règle pas, l'identité est absolue.

402. — Aujourd'hui que la procédure du divorce s'est rapprochée du droit commun, cette solution ne présente plus autant d'intérêt qu'autrefois; mais c'était une grave question que de savoir, avant la loi de 1886, si, par exemple, la comparution personnelle était nécessaire, et si l'enquête suivait les formes spéciales du divorce. Nous n'aurions vu aucune difficulté à admettre l'affirmative, car les raisons mêmes qui avaient fait admettre ces décisions existaient avec autant de force durant toute la durée de l'instance.

(1) Depeiges, *Procédure du divorce*, n° 109.

403. — Nous appliquerons, pour le même motif, l'article 246, § 1, à l'appel, en permettant à la Cour de prononcer un sursis avant d'admettre définitivement le divorce (1). La Cour d'appel peut, comme le tribunal civil, avoir le désir de s'éclairer sur les sentiments des époux et de voir si une suppression d'instance ne modifiera pas leurs intentions; cette observation sera particulièrement exacte, lorsque, en première instance, on aura négligé de recourir à ce moyen.

404. — Une autre application de l'assimilation que nous établissons se trouve dans l'article 248, § 4, aux termes duquel les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel, sans être considérées comme demandes nouvelles.

On voit immédiatement dans cette disposition le corollaire de l'article 239, § 3; elle doit, par conséquent, être appliquée à la conversion dans les mêmes termes que ce dernier article (2).

405. — Beaucoup d'auteurs et la jurisprudence admettaient déjà cette solution avant la loi de 1886, par application de l'art. 464 du Code de procédure, qui permet, en appel, les demandes constituant une défense à l'action principale (3).

Cet argument était manifestement erroné : une demande reconventionnelle en divorce ou en conversion

(1) *Contrà*: Poulle, p. 274; — Carpentier, *Loi de 1886*, p. 124. Nous reconnaissons que l'Exposé des motifs de la loi de 1886 (Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 14) est contraire à notre opinion, mais il se borne à une simple affirmation.

(2) Aix, 22 avril 1885, S. 86, 2, 179; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 706; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 138.

(3) Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 437.

ne peut servir de défense à l'action principale, puisqu'elle n'a pas pour objet de la compenser (1).

D'un autre côté, permettre en appel la demande reconventionnelle, c'était, en simplifiant la procédure, priver le demandeur principal des garanties habituelles et particulièrement de celle qui résulte du double degré de juridiction. Aussi n'approuvons-nous pas plus l'article 238, § 4, que nous n'avons approuvé l'article 239, § 3.

406. — On a tenté, dans le rapport fait au Sénat, de justifier cette innovation, en disant que la demande en reconvention a le même objet que la demande principale.

Cette observation, en la supposant vraie, ne serait pas suffisante; nulle part, la loi ne se contente, pour une semblable simplification de procédure, de l'identité d'objet entre la demande et la défense.

En outre, il est inexact de prétendre que cette identité existe : le défendeur veut, il est vrai, comme le demandeur, provoquer le divorce; mais avec des effets produits à son profit personnel, c'est-à-dire différents de ceux qui résulteraient de l'admission de la demande principale.

III. — *Pourvoi en cassation.*

407. — Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la signification à partie pour les arrêts contradictoires, et, pour les arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable (art. 248, § 5).

L'article 263 (ancien) faisant courir le délai unifor-

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 492, p. 188, note 30; — Lesenne, *Revue critique*, 1870, p. 247; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 706; — Vraye et Gode, 4^e édit., p. 152.

mément du jour de la signification, nous avons indiqué (1) la raison de cette disposition, qui dérivait de ce que l'opposition paraissait ne pas exister en matière de divorce.

408. — Nous hésitons d'autant moins à étendre l'article 248, § 5, à la conversion, qu'il est l'application du droit commun, puisque la faculté de se pourvoir dans le délai de trois mois, accordée par le Code civil, avait déjà été réduite à deux mois parla loi de 1884.

409. — Nous en dirons autant du § 6, qui rend le pourvoi suspensif.

Il ne nous semble pas qu'un doute puisse exister sur ce point : le caractère suspensif du pourvoi a été édicté pour empêcher, en cas d'admission de la demande en divorce, un second mariage que la cassation de l'arrêt annulerait postérieurement; c'est un moyen préventif employé par crainte du désastre que pourrait causer l'exécution immédiate de l'arrêt de la Cour.

Or, ce motif s'applique à toute décision admettant le divorce, et par suite à la conversion. Il présente, il est vrai, moins de danger dans notre matière, puisque le large pouvoir d'appréciation accordé au juge par la Cour suprême implique une extrême rareté de la cassation (2); mais il suffit que le fait puisse se produire pour qu'il soit nécessaire d'en éviter les conséquences.

Aussi, ne croyons-nous pas que cette solution puisse se discuter. Qu'en penseront les adversaires de la doctrine que nous avons développée dans la section préliminaire de ce chapitre, et comment concilieront-ils avec

(1) V. n° 396.

(2) V. *suprà*, nos 214 et suiv.

l'extension de l'article 248, § 6, leur système d'application du droit commun?

410. — La solution que nous avons indiquée se restreint à l'arrêt admettant le divorce; mais, l'article ne distinguant pas, il faut également l'étendre à l'arrêt de rejet (1).

411. — Il y a mieux, le caractère de ce pourvoi nous paraît indivisible, et, en vertu des termes généraux de l'art. 248, § 6, nous attachons encore l'effet suspensif aux mesures accessoires contenues dans l'arrêt : par exemple, la pension alimentaire ne restera pas due; cette solution est évidemment fâcheuse, mais nous la croyons seule d'accord avec les expressions absolues de notre article (2).

412. — Il est cependant certain que la décision doit être différente pour tout autre jugement; le pourvoi ne sera donc pas suspensif s'il est dirigé, soit contre l'arrêt ordonnant une enquête (3), soit contre l'arrêt prononçant un sursis. En ce cas, nous ne pourrions invoquer les mêmes motifs.

413. Ce que la loi dit du pourvoi, nous l'appliquons au délai pendant lequel le pourvoi peut être formé : la loi atteindrait mal son but, — comme nous l'avons dit à propos de l'appel, — s'il en était autrement.

(1) Besançon, 1^{er} juillet 1885, S. 87, 2, 131. — *Contra* : Carpentier, *Loi de 1886*, n° 142.

(2) Besançon, *cité à la note précédente*; — Trib. Seine, 27 mai 1887; *France judiciaire*, 87, 2, 269. — *Contra* : Laurent, 3, p. 302; — Botton et Lebon, *Du divorce*, p. 104.

(3) Carpentier, *loc. cit.* — *Contra* : Dijon, 30 décembre 1886; *France judiciaire*, 87, 2, 213.

IV. — *Requête civile.*

414. — Avant la loi de 1886, la doctrine rejetait généralement la requête civile en matière de divorce et, par suite, en matière de conversion (1). On se basait, pour soutenir cette opinion, sur ce que la loi, si elle l'avait admise, y aurait attaché l'effet suspensif, les dangers étant les mêmes que ceux qui dérivait de la possibilité d'une cassation.

Le projet de la loi de 1886 (art. 17, devenu l'art. 249) se rangeait à cette solution; mais cette disposition disparut après une discussion approfondie au Sénat, ne laissant aucun doute sur le maintien de la requête civile (2).

415. — Il aurait mieux valu, à notre avis, maintenir la rédaction primitive; l'admission de la requête civile contre les jugements prononçant le divorce aura pour effet d'en détruire tous les effets, particulièrement d'annuler le second mariage qui aura pu en être la suite. Cette annulation présente des conséquences aussi graves que celles qui seraient résultées de la cassation de l'arrêt, si on n'avait pas admis le caractère suspensif du pourvoi. Elle est plus fâcheuse encore, puisqu'elle peut intervenir longtemps après la célébration du second mariage, et alors que les nouveaux époux croiront leur union indissoluble (art. 480 C. proc.)

Il est vrai que, si le nouveau mariage a été contracté

(1) Laurent, t. III, n° 249; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 408.

(2) *Sénat*, 22 décembre 1885, *Officiel* du 23, p. 1358 et suiv. Débats parlementaires, Sénat; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 143.

de bonne foi, il produit les effets d'un mariage valable (201). Mais ce n'est pas là une sauvegarde suffisante, car ces effets cessent au moment de l'annulation. On ne saurait évidemment attacher l'effet suspensif au délai pendant lequel la requête civile peut être intentée; car, on aurait ainsi, en fait, maintenu indéfiniment le mariage dissous par le divorce. Aussi, n'y avait-il qu'un seul parti à prendre : supprimer la requête civile en matière de divorce malgré les raisons d'ordre public qui militaient en faveur de son maintien.

§ 4. — DE LA TRANSCRIPTION ET DE LA PUBLICITÉ
DE LA CONVERSION.

I. — *Publicité.*

416.—L'article 250 veut qu'un extrait du jugement ou arrêt qui prononce le divorce soit inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils que dans les Chambres des avoués et des notaires. Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, et, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département.

Le but de cette innovation de la loi de 1886 est facile à saisir : le divorce modifie l'état ; il est bon que les tiers connaissent ces modifications ; d'un autre côté, la séparation de biens et la séparation de corps (art. 872 C. proc), qui ne font pourtant que changer la capacité des époux, sont soumises à une publicité du même genre.

417. — Aussi, nous paraît-il certain que cette publicité est applicable à la conversion ; on s'y conforme, d'ailleurs, en pratique.

On a pourtant soutenu tout récemment (1), sous une forme un peu hésitante, il est vrai, que cette publicité est inutile en notre matière : la conversion, dit-on, est nécessairement précédée de la séparation de corps qui entraîne la séparation de biens. La publicité qui a été donnée à ce premier jugement a averti suffisamment les tiers du changement de condition des époux ; un nouvel avis est inutile et ne pourrait être que frustratoire.

Nous répondrons à cette singulière doctrine que le changement qui a été porté à la connaissance des tiers s'est accentué par le divorce. Ce n'est plus la capacité, c'est l'état qui est modifié ; il est donc naturel que les tiers en soient prévenus.

418. — Mais la mort de l'un des époux, nous dit-on, n'est pas portée à la connaissance des tiers ; pourquoi en serait-il autrement du divorce qui ne fait, lui aussi, que dissoudre le mariage ? Un *a fortiori* ne résulte-t-il pas de ce rapprochement, car la mort est en elle-même un événement emportant une publicité moins grande que le divorce ?

Cette objection ne nous paraît pas heureuse ; la mort n'étant jamais rendue publique, il faudrait conclure de cette assimilation que le divorce ne doit jamais l'être non plus. Or, l'article 250 en a décidé autrement. D'un autre côté, il importe plus au tiers de connaître la dissolution du mariage par le divorce que la dissolution par la mort de l'un des époux. Dans ce dernier cas, rien ne subsiste du mariage, et, par suite, les tiers, en apprenant la mort, connaissent les conséquences de la dissolution du mariage. Au contraire, il est

(1) Baratte, *Recueil de Procédure*, 1887, art. 1388, p. 481.

nécessaire, qu'en cas de divorce, les tiers soient mis à même de se reporter au jugement qui le prononce : une pension alimentaire a pu être accordée au demandeur, les enfants ont été confiés sans doute à la garde de l'un des époux, les mesures prescrites par le jugement de séparation de corps ont été modifiées par le jugement de conversion. Ce sont là des décisions qui intéressent les tiers, et notamment les créanciers, les fournisseurs de subsistances, les instituteurs, etc.

N'y eût-il d'ailleurs aucun motif raisonnable d'étendre l'article 250 à la conversion, que la généralité des termes de cet article nous commanderait de l'y appliquer.

419. — A quel moment doit avoir lieu cette publication et quelle est sa sanction?

La loi n'indiquant aucun délai, il faut reconnaître que l'extrait pourra être publié à une époque quelconque, même postérieurement à la transcription (1).

420. — Quant à sa sanction, elle nous est indiquée par le but même de cette formalité ; nous croyons que les tiers, dans l'intérêt desquels celle-ci est édictée, peuvent méconnaître le divorce quand elle n'est pas remplie.

En vain, dit-on que les nullités ne se suppléent pas ; l'article 1038 du Code de procédure, qui contient cette règle, ne vise par ses termes mêmes que les exploits. Il faudrait d'ailleurs, si l'on rejetait notre opinion, reconnaître, ce qui n'est pas admissible, que le défaut de publication est dépourvu de sanction ; car, nous ne considérons pas comme sérieux un système (2) d'après lequel l'offi-

(1) Carpentier, *Loi de 1886*, n° 147.

(2) Carpentier, *cod. loc.*

cier de l'état civil aurait le droit, mais non cependant l'obligation, de refuser la transcription du jugement non publié; l'officier de l'état civil excéderait, à notre avis, ses pouvoirs, en exigeant des parties une condition que la loi ne leur impose pas.

421. — Occupons-nous maintenant de la transcription, et voyons en quoi elle consiste et où elle est faite; par qui, sur la réquisition de qui, dans quel délai elle a lieu, et quelle est sa sanction.

II. — *En quoi consiste la transcription.*

422. — « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil » (art. 351, § 1).

La transcription consistera uniquement dans cette mention : « le divorce est prononcé. »

423. — Sous le Code civil et la loi de 1884 (art. 264), c'était l'officier de l'état civil qui prononçait le divorce en présence du demandeur, le défendeur dûment appelé.

Cette disposition présentait beaucoup d'inconvénients pratiques, en raison des scandales qui éclataient souvent lors de cette prononciation. Pour vouloir conformer la dissolution du mariage à sa célébration, on aboutissait à des conséquences fâcheuses. « Il n'y a pas solennité, a-t-on dit au Sénat (1), mais amoindrissement et presque ridicule, dans la plupart des cas. »

424. — La transcription doit être faite évidemment, à moins qu'il n'y ait un registre unique de l'état civil,

(1) M. Allou, Sénat, 12 décembre 1885, *Off.* du 13, p. 1297, Documents parlementaires, Sénat.

au registre des actes de mariage; car il s'agit précisément de la dissolution du mariage; et, d'ailleurs, la loi de 1886 n'a pas créé de registre spécial pour les transcriptions des divorces. Rien n'empêcherait cependant, à notre avis, d'y consacrer un volume particulier qui serait un annexe de celui des actes de mariage; il n'y aurait pas nullité, non plus, en l'absence de texte, si la transcription avait lieu sur un autre registre.

425.—La transcription doit être suivie d'une mention en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil (art. 251, § 2). La loi ajoute que, si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France.

La nécessité de cette mention est facile à saisir : elle est faite pour éviter la fraude que pourraient pratiquer les époux désunis; des tiers contracteraient avec l'un deux, plus généralement le mari, sur la foi de l'acte de mariage et dans l'espoir d'avoir, sous certains régimes, la femme pour débitrice; cet espoir serait déçu par l'existence d'un divorce.

III. — *Par qui est faite la transcription.*

426. — La transcription est faite par l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

C'est surtout à cause de la conversion que cette règle a été adoptée : sous le Code et la loi de 1884, les textes étaient muets; on en concluait que le divorce devait être prononcé par l'officier du domicile commun (art. 108). Mais, en cas de conversion, la séparation de

corps avait pu faire disparaître ce domicile commun. Que décider alors? Quelques auteurs appliquaient la règle *actor sequitur forum rei*: la prononciation du divorce, disait-on, est l'exécution du jugement, lequel a été rendu par le tribunal du défendeur.

Cette opinion n'était pas exacte (1); la prononciation du divorce pouvait bien être considérée comme l'exécution du jugement, mais l'application des principes était ici impraticable: on ne pouvait admettre que la compétence de l'officier variât suivant le rôle respectivement joué par les époux. Et c'est surtout en matière de conversion que cette solution était impossible, puisque les deux époux peuvent être, depuis la loi de 1884, indifféremment demandeurs (2).

IV. — *Sur la réquisition de qui et dans quel délai est faite la transcription.*

427. — La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce; à cet effet, la décision est signifiée, dans un délai de deux mois, à partir du jour où elle est devenue définitive (3), à l'officier compétent, pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure et, en outre, s'il y a lieu, un certificat de non-pourvoi (article 252, paragraphe 1).

428. — Il nous semble que la loi eût mieux fait de permettre seulement au demandeur en séparation de

(1) Circulaire du Ministre de la justice du 3 décembre 1884; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 227.

(2) V. *suprà*, n° 37 et suiv.

(3) Nous n'avons pas déterminé quand la décision devient définitive, le droit commun suffit entièrement sur ce point.

corps de requérir la transcription. La solution admise par la loi n'a pas d'inconvénients pour le divorce ordinaire, car, si l'époux demandeur s'abstient de faire opérer la transcription, il renonce implicitement au bénéfice du jugement obtenu; or, rien ne l'empêche de faire tacitement ce qu'il lui est permis de faire expressément.

On se souvient, au contraire, que le divorce peut, au cas de conversion, être demandé par le défendeur en séparation, bien qu'il produise toujours ses effets contre lui; en réalité donc, la conversion est nécessairement, du moins d'après la théorie que nous avons admise, prononcée au profit de l'ancien demandeur. C'est ce dernier, par conséquent, qui aurait dû être chargé de faire opérer la transcription.

429. — On pourrait même soutenir que c'est lui qui a été visé par l'article 252, paragraphe 1, sous le nom de partie *qui a obtenu le divorce*, puisque c'est lui qui en acquiert tous les avantages. Ce serait, à notre avis, une erreur; la loi a voulu parler de celui qui a intenté l'action; elle a considéré, les travaux préparatoires en font foi, la transcription comme une exécution du jugement; or, c'est à celui qui a fait prononcer le jugement à en assurer l'exécution.

430. — Heureusement que l'ancien demandeur, ou, plus généralement, l'époux contre lequel l'action en divorce a été intentée, n'est pas sans ressource. L'article 225, paragraphe 3, lui permet, dans le second mois qui suit le jugement devenu définitif, de requérir la transcription; il jouit de ce droit durant ce délai, concurremment avec le demandeur. Ainsi disparaît en partie une anomalie qui, sans cette innovation de la loi de 1886, aurait été injustifiable.

Aujourd'hui donc, lorsque le divorce a été prononcé, ce sont les deux époux qui peuvent, à des conditions diverses, en requérir la transcription.

431. — En somme, le système actuel revient à permettre aux deux époux de se prévaloir du divorce, et aussi à les autoriser à le faire tomber par leur consentement mutuel.

Aussi, ne doit-on permettre à personne de faire la transcription si les époux ne la requièrent pas. Le juge ne pourra pas ordonner à l'officier de l'état civil de la faire, et celui-ci n'aura pas le droit de l'opérer d'office.

432. — De même, si l'un des époux meurt, ses héritiers ne pourront pas faire opérer la transcription ; il est vrai que l'Exposé des motifs de la loi 1886 dit le contraire (1). Mais, la transcription qui n'était dans le projet qu'une simple formalité a changé de nature. La loi la considère comme nécessaire pour que le mariage puisse être dissous, et la preuve en est dans la sanction que nous retrouverons dans un instant. Or, on ne peut songer à dissoudre par le divorce un mariage déjà dissous par la mort.

433. — Nous ne permettrons pas non plus au tuteur de requérir la transcription : la volonté personnelle de l'époux est nécessaire à toutes les formalités qui composent le divorce (2).

434. — Enfin, un pouvoir spécial serait nécessaire pour permettre à un tiers, même à l'avoué qui a représenté un des époux durant l'instance, de requérir la transcription (3).

(1) Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 16.

(2) *Suprà*, nos 75 et suiv.

(3) N° 440. — V. en ce sens Grenoble, 10 septembre 1887, *Recueil du*

435. — La réquisition de transcription une fois faite, l'officier de l'état civil doit, le cinquième jour de cette réquisition au plus tard, non compris les jours fériés, opérer cette formalité.

V. — *Sanction de la transcription.*

436. — Rappelons en quelques mots les différentes formalités dont se compose la transcription :

Elle doit être faite au lieu où le mariage a été célébré,
Être accompagnée d'une mention,
Porter sur le dispositif du jugement,
Être requise par les époux eux-mêmes,
Être requise dans le délai de deux mois par le demandeur ou
dans le second mois par le défendeur.
Être faite dans le cinquième jour de la réquisition.

Étudions sommairement la sanction de ces diverses exigences de la loi.

437. — 1^o Supposons d'abord que la transcription soit faite ailleurs qu'au lieu fixé par la loi. On pourrait soutenir que le divorce n'est pas nul, car la loi qui entache formellement de nullité une transcription tardive n'édicte pas la même sanction pour celle qui n'est pas faite à l'endroit où elle devait avoir lieu. Quel intérêt, d'ailleurs, les tiers pourraient-ils avoir à ce que cette transcription fût faite dans tel endroit plutôt que dans tel autre? Ce qui les intéresse, dira-t-on, c'est la mention

divorce, 1887, p. 240; — Coulon et Faivre, *Manuel du divorce*, p. 172, 173, 181, 182; — Curet, *Code du divorce*, n^o 72; — Depeiges, *Procédure du divorce*, n^o 22; — Carpentier, *Loi 1886*, n^o 25. — *Contrà*: trib. Bourgoïn, 22 août 1887; — *Recueil du divorce*, 1887, p. 242. Notre opinion se trouve déjà démontrée *suprà*, aux n^{os} 75 et suiv.

qui est destinée à leur apprendre le divorce, c'est aussi la publicité requise par l'article 250, et non la transcription elle-même.

Nous adoptons l'opinion contraire, car, si la transcription est faite ailleurs qu'au lieu où a été célébré le mariage, il pourra être très difficile que la mention exigée par la loi soit opérée dans le délai de cinq jours; les motifs sur lesquels s'appuie la doctrine que nous venons d'exposer nous paraissent donc inexacts.

438. — 2° Supposons le jugement transcrit; l'officier de l'état civil s'abstient de faire dans les cinq jours la mention requise en marge de l'acte de mariage.

L'article 250, § 2, édicte, en ce cas, une sanction : l'officier sera passible des peines contenues dans l'article 50 du Code civil, c'est-à-dire d'une amende qui ne pourra excéder cent francs. La formalité de la mention n'est donc pas substantielle.

439. — 3° La transcription doit porter sur le dispositif du jugement; tous les autres détails qu'elle pourrait ajouter seraient surabondants et ne la vicieraient pas; mais, l'omission du dispositif entraînerait la nullité, car la transcription requise par la loi ferait en réalité défaut.

440. — 4° La transcription doit être requise par les époux eux-mêmes. Elle sera donc nulle, si elle est demandée par un tiers soit du vivant des époux (1), soit après leur décès (2).

On pourrait, en sens contraire, tirer un argument de l'inscription hypothécaire qui doit être requise par le créancier lui-même ou ses représentants, et qui, pour-

(1) Nancy, 14 janv. 1838 : *Loi* du 22.

(2) *Suprà*, n° 432.

tant, d'après l'opinion générale, n'est pas nulle si elle est faite sur la réquisition d'un tiers sans qualité.

En souscrivant même à cette solution très contestable, on ne saurait s'en prévaloir en notre matière; l'inscription n'est qu'une corroboration de l'hypothèque obtenue; au contraire, la transcription ou plus exactement, comme nous le dirons, la réquisition est, nous l'avons montré, nécessaire pour que le divorce existe.

441. — La loi détermine le délai dans lequel la réquisition doit être signifiée au maire.

Qu'arrivera-t-il si ce délai n'est pas observé?

On peut supposer, tout d'abord, que le défendeur adresse sa réquisition avant le commencement du second mois; l'officier de l'état civil n'aura pas alors à en tenir compte; s'il transcrit le jugement, cette transcription sera nulle comme ayant été requise par une personne sans qualité (1). Et il en est ainsi, même si la transcription est faite après le commencement du second mois; car elle n'en aura pas moins été opérée en exécution de la réquisition, laquelle, étant nulle dès son origine, n'a pu produire de conséquence valable.

442. — Si la réquisition est faite par l'un ou l'autre des époux après l'expiration des deux mois, elle est nulle, et le divorce, dit l'article 252, § 4, est considéré comme non avenu.

445. — Mais, peu importe, lorsque la réquisition a lieu dans le délai, que la transcription ne soit faite qu'après ou n'ait même pas lieu du tout; la sanction pécuniaire édictée par l'article 252, § 2, est la seule qu'admette la loi; il ne serait pas juste que les époux sup-

(1) Nancy, 14 janv. 1888; *Loi* du 22.

portassent les conséquences de la faute d'autrui. Nous en concluons également que la mort de l'un des époux, après les cinq jours qui suivent la signification de la réquisition, n'empêche pas la transcription ultérieure de produire des effets; les termes mêmes de l'article 252, § 4, l'indiquent formellement quoique implicitement (1).

444. — La loi ne disant pas ce qu'il faut entendre par réquisition, il est, croyons-nous, conforme à son esprit de demander une réquisition qui soit d'accord avec les règles de la procédure; en exigeant une signification, l'art. 252, § 1, montre qu'il s'agit d'une pièce écrite et qui doit être jointe à un exploit d'huissier. Une manifestation irrégulière de volonté ne nous paraît donc pas de nature à autoriser la transcription (2).

445. — La sanction du défaut de transcription dans les cinq jours a été indiquée plus haut (3), et nous n'avons pas hésité à l'appliquer, par identité de motifs, à la mention (art. 252, § 2) : l'officier de l'état civil sera condamné à une amende.

446. — Nous avons vu que dans plus d'une hypothèse la transcription est non avenue, et que cette nullité empêche la dissolution du mariage.

Il faut remarquer que c'est le divorce lui-même et non pas le jugement seul qui est regardé comme n'ayant jamais eu lieu. Cette solution, qui se trouvait formelle-

(1) Laurent, III, n° 250; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 194, et *Loi de 1886*, n° 157.

(2) *Contrà* : Trib. Seine, 8 mars 1887; *Journal de Procédure*, 1887, art. 1277, p. 124.

(3) N° 438.

ment écrite dans l'article 266, n'est pas plus douteuse aujourd'hui (1).

Elle présente une très grande importance en matière de divorce : les faits ayant été soumis une première fois à la justice ne peuvent pas suffire pour autoriser une nouvelle instance ; la survenance d'une cause nouvelle pourra seule motiver une demande ultérieure en divorce.

447. — Il n'en est pas de même en matière de conversion : les époux reprennent la situation dans laquelle ils se trouvaient avant l'instance, c'est-à-dire qu'ils sont séparés de corps ; or, qui les empêche de reproduire une nouvelle demande en conversion ? Les juges, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, peuvent une seconde fois admettre la légitimité de la demande, de même qu'ils peuvent, ainsi que nous le montrerons, accueillir la demande en conversion après l'avoir rejetée une première fois. Cette décision ne présente guère d'inconvénients ; car, le tribunal, qui n'a pas à rendre compte des motifs de sa décision, pourra repousser une nouvelle demande pour cette seule raison que le défaut de transcription du premier jugement aura été l'effet de la négligence des parties.

448. — La nullité du divorce est évidemment absolue, le défaut de transcription, ou plutôt de réquisition, étant l'omission d'une formalité substantielle ; il ne sera donc pas nécessaire de la faire prononcer, et tout le monde pourra s'en prévaloir. D'un autre côté, aucune prescription n'est possible, en vertu du principe géné-

(1) Trib. Saint-Etienne, 24 mars 1887 ; *France judiciaire*, 87, 2, 249.

ral qu'aucun droit touchant à l'état, et notamment au mariage, ne peut s'éteindre par prescription (1).

SECTION III

Des mesures provisoires.

449. — La question des mesures provisoires en comprend naturellement trois : quelles sont les autorités compétentes pour prononcer les mesures provisoires ? En quoi elles consistent ? Jusqu'à quel moment elles durent ?

§ 1. — AUTORITÉS CHARGÉES DE PRONONCER SUR LES MESURES PROVISOIRES.

450. — Avant la loi de 1886, le tribunal seul était compétent, aussi bien pour les mesures provisoires que pour la décision définitive. Le président ne pouvait statuer que sur référé, c'est-à-dire en cas d'urgence et jusqu'au moment où le tribunal était saisi de l'instance.

C'était là une situation fâcheuse, en raison de l'importance de ces mesures et de la longueur considérable de la procédure, dont l'effet était de ne saisir le tribunal de la contestation que très tard.

La loi de 1886 a remédié à cet inconvénient, devenu moins considérable par suite de l'abréviation de la procédure, en donnant au président compétence sur les mesures provisoires tant que le tribunal n'est pas saisi.

451. — Nous n'avons plus à prouver que cette décision s'applique à la conversion, puisque nous avons dé-

(1) *Contrà* : Carpentier, *Traité du divorce*, n° 499.

montré, d'une manière générale (1), que les deux instances suivent la même procédure ; nous verrons, toutefois, que le pouvoir du président a moins d'utilité en matière de conversion, parce que l'urgence et le nombre des mesures provisoires sont beaucoup moindres (2). La mesure provisoire qu'ordonne la première ordonnance ne peut être d'aucune application en matière de conversion : elle a trait uniquement à la résidence séparée que peut assigner le président à l'un des époux ; or, la résidence commune a déjà cessé par l'effet de la séparation de corps (art. 236).

L'ordonnance qui suit la seconde comparution, étant rendue à la suite d'une procédure contradictoire, a une importance plus grande ; elle peut avoir pour objet toutes les mesures provisoires (art. 238, § 2).

452. — Cette ordonnance dessaisit le président ; c'est dorénavant le tribunal qui statuera sur les mesures provisoires ; il modifiera à son gré les décisions précédemment rendues par le président, et pourra revenir sur les solutions qu'il aura rendues lui-même (art. 238, § 5). Le président ne statuera plus que par voie de référé (eod.).

453. — Le Tribunal ne statuera pas seulement sur la demande de l'une des parties, mais aussi sur celle d'un membre de la famille, et même sur les réquisitions du Ministère public (art. 240, § 1).

Un seul membre de la famille pourra donc demander une décision de ce genre (3) ; l'ancien article 267 disait

(1) Nos 234 et suiv.

(2) Nos 456 et suiv.

(3) Exposé des motifs, Rousseau et Laisney, *Loi de 1886*, p. 157 ; —

la *famille*, et de graves controverses s'étaient élevées sur le sens de ce mot.

Enfin, le tribunal pourra décider d'office, c'est-à-dire sans aucune réquisition, en vertu d'une innovation contenue dans l'article 240, § 1.

454. — La Cour d'appels'occupera des mesures provisoires lorsque l'examen de l'instance principale lui sera déférée; on pourra même en appeler devant elle des décisions spéciales rendues sur ces points par le président ou le tribunal (1).

§ 2. — QUELLES SONT LES MESURES PROVISOIRES ?

455. — Le Code civil cite parmi les mesures provisoires la résidence séparée, la demande d'aliments, la garde des enfants.

456. — Nous avons dit (2) qu'il ne peut être question, en matière de conversion, de résidence séparée; la séparation de corps a suffi pour autoriser, et même pour entraîner nécessairement, sous peine de présomption de réconciliation, la disparition d'une habitation commune; chaque époux peut donc, durant l'instance, demeurer où il l'entend, sans en demander la permission à personne.

457. — Au contraire, une réclamation d'aliments peut être formée; elle le sera généralement sous forme de demande en modification du jugement de séparation; ce jugement aura, d'ordinaire, condamné le plus riche des

Paris, 17 juillet 1886, D. 87, 2, 211; *Journal de proc.* 1887, art. 1255, p. 70.

(1) V. sur ce point, *suprà*, nos 391 et 392.

(2) N° 451.

époux à payer à l'autre une pension alimentaire. Tant que cette décision n'a pas été rapportée, elle subsiste; mais il doit être permis de la faire modifier pendant l'instance en conversion, lorsqu'elle n'est plus d'accord avec la réalité des faits. On n'objectera pas que les décisions rendues par un jugement définitif ne peuvent être amendées par un jugement provisoire et même par une simple ordonnance du président. Le jugement de séparation, dans ses parties relatives aux aliments, était, de sa nature, temporaire : la survenance d'un événement quelconque, qui modifie la situation des parties, permet de le réformer; il doit en être ainsi durant l'instance de conversion, et il n'y a rien d'étonnant à ce que le changement puisse émaner du président auquel sont confiés tous les pouvoirs du tribunal.

458. — Cette solution soulèvera cependant quelque doute, si on admet que les décisions relatives aux aliments ne peuvent être modifiées que par le tribunal même qui les a rendues; il faudrait alors dénier toute compétence, sur ce point, au tribunal chargé d'examiner la demande en conversion, lequel n'est souvent pas celui qui a prononcé la séparation. Mais nous avons eu, en étudiant les effets de la compétence (1), l'occasion de démontrer la fausseté de cette opinion.

459. — La demande d'aliments pourrait être également formée si le jugement de séparation de corps ne s'en occupait pas; sa légitimité est encore moins contestable que dans le cas précédent.

460. — La demande spéciale faite soit par l'époux, soit par toute autre personne qui a le droit d'agir, soit

(1) Nos 284 et 285.

sur la réquisition du Ministère public, ou enfin la décision prise d'office par le tribunal, sera le point de départ de la pension alimentaire; on ne pourra la faire courir à dater d'une époque antérieure, par exemple, de la demande en conversion (1).

461. — La pension sera calculée sur les ressources de chaque époux; celui d'entre eux qui a une fortune suffisante pour vivre ne peut réclamer d'aliments (2).

462. — La pension qui peut être allouée durant l'instance en conversion nous paraît différer en un point essentiel de celle qui est réclamée dans le cours de l'instance en séparation ou en divorce. Il nous paraît certain (3) que cette dernière est due avant toute autre pension que les articles 205 et suivants mettent à la charge de la famille; car, tant que le mariage dure, les époux doivent se prêter un aide mutuel, et la communauté d'existence qui résulte du mariage doit faire passer cette obligation en première ligne. Au contraire, lorsque la demande en conversion est intentée, cette communauté d'existence a cessé, et les époux sont devenus étrangers l'un à l'autre : c'est alors une question délicate que de savoir si la pension alimentaire qui sera allouée, et qui n'est ordinairement que la suite de celle qui a été déjà accordée par le jugement de séparation de corps, pourra être exigée avant les pensions dues à toutes autres personnes (4).

463. — Les aliments peuvent être diminués, aug-

(1) Trib. Seine, 22 février 1887, *France judiciaire*, 87, 2, 196; — *Journal Proc.* 1887, art. 1268, p. 106.

(2) Trib. Seine, 15 mars 1887; *France judiciaire*, 87, 2, 176.

(3) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 235.

(4) V. sur cette question, *infra*, n° 597.

mentés ou supprimés durant tout le cours de l'instance : rien n'empêche les intéressés de demander ces modifications, et le rejet de leur demande ne les empêchera pas de la renouveler, puisque la mesure ordonnée a un caractère essentiellement provisoire.

464. — Même décision appuyée sur les mêmes motifs pour la garde des enfants : les mesures adoptées par le jugement de séparation pourront être modifiées durant l'instance en conversion; et ces modifications elles-mêmes ne seront pas définitives.

465. — A côté des mesures provisoires, il faudrait placer les mesures conservatoires, que les articles 242 et suivants édictent pour empêcher la dilapidation de la fortune de l'un des époux par l'autre; ces mesures sont inspirées par l'impossibilité où se trouvent les époux de séparer immédiatement leurs intérêts, d'établir la consistance de leurs patrimoines respectifs et de retirer leurs effets personnels. Elles ne sont donc nullement applicables à la conversion; car, la séparation de corps ayant eu lieu depuis trois ans au moins, et la liquidation ayant nécessairement suivi, aucune discussion de ce genre ne peut s'élever.

§ 3. — DURÉE DES MESURES PROVISOIRES.

466. — Cette question ne présente aucune difficulté : les mesures provisoires sont, comme leur nom l'indique, destinées à disparaître avec l'instance, et à être remplacées alors par les mesures définitives. Elles cessent donc avec la prononciation du jugement; toutefois, des controverses peuvent naître, lorsque le jugement admettant ou rejetant la conversion aura omis de

se prononcer sur ces points; nous en renvoyons l'examen à l'étude des effets de la conversion (1).

SECTION IV

La procédure de la conversion est-elle obligatoire ?

467. — Les développements qui précèdent ont montré que, pour nous, la procédure de la conversion ne se distingue pas de la procédure ordinaire du divorce.

Il y a cependant, même dans notre opinion, intérêt à savoir s'il n'est pas, sous certaines conditions, permis aux parties d'intenter, à la suite de la séparation de corps, une demande en divorce proprement dite au lieu d'une demande en conversion. On éviterait ainsi l'obligation d'attendre trois ans après le jugement de séparation de corps.

En outre, d'après la théorie que nous avons développée (2), le divorce obtenu par voie de conversion produit nécessairement ses effets au profit du demandeur en séparation, même défendeur en conversion; l'ancien défendeur en séparation aurait donc intérêt à demander le divorce, s'il pouvait invoquer des faits de nature à le motiver. Cet intérêt existe même dans la théorie que nous avons combattue, et d'après laquelle la conversion peut être prononcée au profit de l'un ou de l'autre des époux; en agissant par demande principale

(1) V. nos 602, 603 et 627.

(2) Nos 203 et suiv.

en divorce, l'époux contre lequel la séparation a été prononcée n'aurait pas une simple chance d'obtenir le divorce à son profit; il en aurait la certitude s'il invoquait des faits assez graves.

468. — Nous avons étudié, en nous occupant du délai nécessaire pour intenter l'action (1), la question de savoir si le demandeur en séparation peut, à son gré et sans fait nouveau, agir par demande principale en divorce au lieu de demander la conversion; nous avons démontré que, contrairement aux travaux préparatoires, il est obligé d'agir par voie de conversion.

La question se pose d'une manière beaucoup plus large lorsque des faits nouveaux se sont produits, puisqu'ainsi que nous venons de le montrer, ces faits peuvent être à l'avantage du défendeur aussi bien qu'à celui du demandeur en séparation. On peut supposer que ce dernier, après avoir obtenu la séparation, subisse une peine afflictive ou infamante, ou bien que le défendeur, déjà coupable d'adultère, commette envers son conjoint une injure grave.

469. — Ici encore, le rapport au Sénat (2) semble indiquer, quoiqu'il n'examine pas la question dans ses détails, que la procédure en divorce proprement dite peut être employée; bien mieux, il semble dire que, si on invoque à l'appui de la demande en conversion des faits survenus depuis la séparation de corps, cette demande sera repoussée. « Ce serait, dit-il, non un jugement de conversion, mais un jugement de revision. »

(1) Nos 150 et suiv.

(2) Séance du 24 juin 1884.

Cette opinion est certainement inexacte. Rien n'empêche l'ancien demandeur, agissant en conversion, d'invoquer des faits nouveaux destinés à prouver au tribunal que la culpabilité du défendeur s'est encore aggravée depuis, et qu'on ne saurait espérer la reprise de la vie commune. Nous avons vu, en effet (1), que c'est généralement sur ce point que portera l'examen des tribunaux; leur interdire l'examen de ces faits, ce serait limiter leur droit d'appréciation.

Nous avons soutenu (2) que cette solution doit être étendue à l'ancien défendeur; la conversion, d'après la théorie que nous avons proposée, produira toujours ses effets contre lui, puisqu'elle n'est qu'une aggravation de la séparation de corps; il n'en aura pas moins le droit de la demander, si la dissolution du mariage lui paraît compenser les déchéances qu'elle entraîne. Nous ne voyons pas quelle objection on pourrait opposer au tribunal qui, afin de s'assurer de la possibilité de la reprise de la vie commune, examinerait des faits postérieurs à la séparation de corps, quand même ces faits constitueraient des fautes de la part de l'ancien demandeur.

470. — Mais, à côté de cette question, s'en pose une autre : les époux qui invoquent à leur profit des faits nouveaux, s'ils ne sont pas obligés de recourir à la procédure ordinaire du divorce, n'ont-ils pas, au moins, le droit de le faire? L'intérêt de la question ne se présente pas seulement au point de vue de l'inutilité du délai de trois ans; il apparaîtra surtout, en ce qui

(1) Nos 198 et suiv.

(2) *Eod. loc.*

concerne le défendeur, lors de l'étude des effets de la conversion. En outre, les tribunaux ne jouissent pas, pour la demande en divorce, d'un pouvoir d'appréciation aussi considérable que pour la demande en conversion.

On admet généralement l'affirmative (1). La procédure de la conversion, dit-on, n'est rendue obligatoire par la loi que s'il s'agit d'accentuer les effets d'une séparation de corps antérieure, et le Code civil la permet alors, sans qu'aucun fait nouveau se soit produit; c'est un droit pour les deux parties de demander la conversion, si ce n'est plus aujourd'hui pour elles un droit de l'obtenir. Ici, au contraire, c'est la faculté d'exiger le divorce que la loi laisse aux époux, à la condition qu'ils invoquent des faits suffisants pour le motiver; ces faits, s'ils avaient été invoqués, auraient entraîné le divorce; est-il admissible qu'ils soient rejetés pour cette seule raison qu'ils sont appuyés par des faits antérieurs?

471. — Cette argumentation, si spécieuse qu'elle soit, nous paraît inexacte, et nous avons déjà fait prévoir une distinction.

472. — Nous croyons que l'ancien demandeur ne pourra, sous aucun prétexte, demander le divorce par voie principale; il a fait choix une première fois de la séparation de corps; il reviendrait sur ce choix, en dehors des conditions où la loi le lui permet, en demandant aujourd'hui le divorce. En vain, dit-on qu'il ne pouvait prévoir la survenance de nouveaux faits; c'est précisément pour ce motif que la loi a institué la conversion qui lui a paru constituer un remède suffisant. Cette

(1) Saint-Marc, n° 32; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 400.

situation peut paraître bizarre, mais elle n'est pas sans exemple : supposons que les époux demandent tous deux le divorce à leur profit ; le tribunal, en face de l'égalité des griefs invoqués, a prononcé le divorce contre les deux époux, de sorte qu'aucun d'eux n'a pu imposer à l'autre la déchéance de l'article 299 (1).

Plus tard, l'un des époux vient, en invoquant des griefs nouveaux qui, à eux seuls, seraient suffisants pour entraîner le divorce, demander l'application de cet article 299. Il ne se trouvera pas de juge qui soit disposé à admettre sa prétention ; le divorce a été prononcé, on ne peut en modifier les effets. La situation est ici exactement la même : le demandeur a usé de la séparation de corps, alors qu'il pouvait exiger le divorce que le législateur admet dans les mêmes conditions ; la loi n'a pas considéré son choix comme provisoire.

On pourrait, il est vrai, soutenir l'opinion contraire, si on permettait au tribunal saisi d'une demande en divorce de prononcer la séparation de corps ; mais cette opinion est généralement rejetée, et si le Tribunal a admis la séparation de corps, c'est qu'elle lui a été demandée (2).

Cette solution entraîne, d'ailleurs, pour le demandeur peu d'inconvénients ; le tribunal ne refusera pas de prononcer la conversion si les faits nouveaux sont graves, et les effets de cette conversion, sont, au profit de l'ancien demandeur, ceux d'une demande en divorce. Le seul inconvénient sera l'obligation d'attendre un délai de trois ans.

(1) N° 430.

(2) V. Cass., 30 juin 1886, S., 86, 4, 401.

473. — La décision nous paraît devoir être différente pour le défendeur, parce que le même reproche ne pourra pas lui être adressé ; la séparation de corps lui a été imposée, on ne peut l'accuser de l'avoir choisie. Nous ne voyons donc pas d'inconvénients à lui permettre de demander le divorce.

D'un autre côté, aucun des griefs invoqués par lui n'a été examiné par le juge ; les faits nouveaux qu'il invoque ne viennent pas à l'appui de faits antérieurs ; ils sont les seuls qu'il soumette à l'appréciation du tribunal.

Enfin, l'intérêt qu'il peut avoir à demander le divorce au lieu de la conversion est bien plus fort que celui du demandeur. Pour ce dernier, tout se réduit à peu près à une question de délai (1) ; pour le défendeur, il s'agit d'une différence considérable dans les effets : la conversion produit nécessairement des effets contre lui, et il en serait autrement du divorce qu'il obtiendrait à son profit.

474. — Mais, une fois la conversion prononcée, la situation du défendeur ne se distinguera plus de celle du demandeur : le mariage n'existant plus, personne ne pourra en demander la dissolution.

475. — Il faut enfin prévoir le cas où les deux époux ont été demandeurs, et où le tribunal a prononcé la séparation au profit de tous deux ; ni l'un, ni l'autre ne nous paraît pouvoir, en ce cas, demander le divorce proprement dit : l'un aussi bien que l'autre ayant demandé la séparation, ils doivent se reprocher à eux-mêmes de

(1) V. cep. n° 470.

n'avoir pas immédiatement réclamé le divorce; l'argumentation que nous avons développée à propos du demandeur (1) trouve donc ici une double application.

(1) N° 472.

CHAPITRE IV

Des suites du jugement qui rejette la conversion.

§ 1 — FRAIS D'INSTANCE.

476. — Le demandeur en conversion débouté de ses prétentions doit, en principe, conformément aux règles générales, acquitter les frais et dépens de l'instance (1). Toutefois, le tribunal pourra user de la faculté accordée par l'art. 131 du Code de procédure et compenser les dépens ; il pourra même les mettre en entier à la charge du défendeur, si ce dernier eût pu empêcher la demande d'être introduite : par exemple, la conversion est rejetée parce que le défendeur qui, jusqu'alors avait refusé de se réconcilier, consent à un rapprochement.

§ 2. — RENOUVELLEMENT DE LA DEMANDE.

477. — L'époux séparé peut-il, après s'être vu refuser la conversion, la demander de nouveau ultérieurement ?

Il faut avouer que la solution négative serait fâcheuse ; des faits nouveaux peuvent se produire qui seront de sérieux motifs pour la conversion ; de même, est-il juste que, débouté une première fois parce que le tribunal prévoit la possibilité d'une réconciliation, le deman-

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 424 ; — Trib. Blois, 20 août 1884 ; *Droit* du 20 septembre.

deuren conversion ne puisse agir à nouveau, en démontrant que cette réconciliation n'est plus à prévoir?

Mais l'opinion contraire n'a pas moins d'inconvénients : si on permet au demandeur de reproduire constamment ses prétentions, il en résultera des vexations continuelles pour l'autre époux et des dérangements inutiles pour les tribunaux. En outre, il semble que cette doctrine méconnaîtrait l'autorité de la chose jugée.

478. — Ces considérations ont déterminé certains auteurs à ne proposer aucune solution (1). On permet, cependant, au tribunal qui rejette la demande d'en renvoyer un second examen à une époque indéterminée, afin d'en empêcher la reproduction fréquente (2).

Ce tempérament ne nous paraît pas admissible ; aucun texte ne permet aux tribunaux d'ajourner indéfiniment la prononciation du jugement ; l'article 246, que nous avons appliqué à la conversion (3), leur permet, au cours de l'instance, de suspendre leur décision pendant six mois ; mais cette dérogation au droit commun, dont ils ne peuvent, d'ailleurs, user qu'une seule fois, ne se retrouve pas à la fin de l'instance.

479. — Reprenons la question que nous venons de poser ; elle ne nous semble pas insoluble ; l'article 1351 nous paraît fournir les éléments d'une solution à la fois légale et rationnelle.

L'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'une demande soit reproduite lorsqu'il y a identité de partie, d'objet et de cause.

(1) Saint-Marc, n° 23.

(2) Saint-Marc, n° 33.

(3) N° 346.

Le renouvellement d'une demande en conversion, après son rejet, mettrait évidemment en jeu les mêmes parties; il concernerait aussi le même objet qui serait l'obtention du divorce. Mais y aurait-il identité de cause?

C'est dans la solution de cette question que se trouve la réponse à celle que nous nous sommes posée.

Il peut se faire que la cause soit la même, il se peut aussi qu'elle soit différente.

480. — Supposons que le tribunal repousse la demande en conversion parce que les faits invoqués ne sont pas assez graves pour permettre le divorce, ou parce que, les époux étant catholiques, le tribunal croit plus conforme à leur religion de maintenir la séparation. Il nous paraît certain que, dans ce dernier cas, la décision sera définitive à moins que les époux ne changent de religion; elle le sera encore, dans le premier cas, à moins qu'il ne survienne des faits nouveaux.

Supposons que le tribunal ait, d'une manière générale, décidé que des faits nouveaux ne peuvent jamais être invoqués et qu'il ait, dans l'espèce, considéré les faits anciens comme trop peu importants; il sera désormais impossible de demander la conversion.

Supposons enfin que la demande ait été rejetée en prévision d'une réconciliation; on pourra la reproduire constamment, en cherchant à prouver que la possibilité d'un rapprochement a disparu.

On ne peut donc émettre sur la question une règle générale; mais l'application pratique de notre solution n'en sera pas moins facile.

CHAPITRE V

Des suites du jugement qui admet la conversion.

481. — Le jugement qui prononce la conversion n'a pas à en déterminer les effets qui découlent de la loi même. Nous avons indiqué une des plus importantes applications de cette règle (1), en démontrant, contrairement à la doctrine et à la jurisprudence, que le tribunal n'a le droit de prononcer la conversion au profit de personne, et que sa décision sur ce point sera ou bien illégale et sujette à cassation, ou bien surabondante.

Le dispositif du jugement ne contiendra, selon nous, qu'une phrase de ce genre «... convertit en divorce la séparation de corps prononcée le... par le tribunal de... au profit de... contre... — ... » Il contiendra, en outre, comme tous les jugements définitifs, une disposition relative aux dépens de l'instance.

482. — Nous étudierons successivement :

A la charge de qui sont les frais de l'instance;

A quel moment remontent les effets de la conversion;

En quoi consistent ces effets, en ce qui concerne les biens ou la personne des époux, leurs relations de famille, leurs rapports avec leurs enfants.

(1) Nos 203 et suiv

SECTION I

Des frais de l'instance.

483. — La doctrine et la jurisprudence sont unanimes (1) à mettre les frais à la charge de l'ancien défendeur, fût-il demandeur en conversion; car, dit-on, c'est toujours sa faute primitive qui est la cause de la conversion. La loi a accordé à l'époux innocent le droit de scinder les conséquences de cette faute; il a pu demander successivement la séparation de corps et le divorce; mais ce n'est pas moins le même fait dont il poursuit la punition; et d'ailleurs, admettre l'opinion contraire serait tourner contre lui la générosité dont il a fait preuve.

484. — On ferait probablement une exception pour le cas où la conversion serait prononcée au profit de l'ancien défendeur (2); cette hypothèse ne pouvant se

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 424; — Poulle, 194; — Saint-Marc, n° 35; — Coulon, Faivre et Jacob, p. 490; — Curet, *Code du divorce*, n° 251; — Vraye et Gode, 2^e édit., II, n° 838; — Caen, 3 février 1885, sous Cass. (S. 86, 1, 196); — Rennes, 5 mars 1885, sous Paris (S. 86, 2, 129); — Trib. Boulogne, 17 avril 1885; *Loi* du 18 décembre 1887; — Paris, 21 janvier 1886 (S. 86, 2, 129); — Amiens, 15 avril 1886; *Recueil du divorce*, 1887, p. 157; — Trib. Moulins, 12 mai 1887; *Loi* du 18 décembre.

(2) Pau, 7 janv. 1886; *Droit* du 14. — Nous sommes forcé de reconnaître que la jurisprudence ne fait pas cette distinction et met les dépens à la charge de l'ancien défendeur, même lorsque la conversion est prononcée à son profit; nous ne voyons dans cette solution, qui d'ailleurs ne se base réellement sur aucun motif, que la conséquence illogique d'un principe erroné. — Trib. Troyes, 27 août 1884; *Gazette du Palais*, 84, 2, 761; — Trib. Boulogne, 17 avril 1885; *Gazette du Palais*, 85, 1, 592; — Trib. de Die, 12 août 1886; *Gazette du Palais*, 86, 2, 497, et quelques-unes des décisions citées à la note précédente.

présenter dans notre théorie (1), nous ne nous en occuperons pas davantage, et la laisserons en dehors de la discussion.

485.— Nous regrettons de ne pouvoir souscrire au système de la doctrine et de la jurisprudence que nous venons d'exposer : c'est, à notre avis, au demandeur en conversion, quel qu'il soit, qu'incombe en principe le paiement des frais de l'instance.

Cette solution ne paraît pas combattue lorsque c'est l'ancien défendeur qui a demandé la conversion ; on la fonde sur l'idée que la conversion est une suite de la faute. En effet, si le défendeur se trouve, dans la plupart des instances, obligé d'acquitter les dépens, lorsque les prétentions du demandeur sont accueillies, c'est qu'il perd par là même son procès. Or, ici, la prononciation de la conversion fait évidemment moins perdre que gagner au défendeur, c'est-à-dire à l'ancien demandeur, puisqu'elle augmente les effets produits à son profit par la séparation.

486. — Si le même motif ne se retrouve pas quand le demandeur en conversion est l'ancien demandeur en séparation, il n'en est pas moins vrai que la conversion n'est pas, comme une instance ordinaire, demandée dans le but de faire obtenir un gain au demandeur en faisant subir une perte au défendeur ; le but du demandeur en conversion est d'acquiescer sa liberté. Cet avantage profite également au défendeur et les déchéances qu'il subit ne sont que la continuation ou l'aggravation de celles qui dérivent du jugement de séparation. Il nous paraît, en outre, souverainement inique

(1) V. n° 205.

de mettre à la charge de l'ancien défendeur des frais qui ne proviennent que très indirectement de sa faute et qui, au contraire, résultent de la manière la plus directe du fait du demandeur; il est vrai qu'il a été coupable, mais la séparation prononcée contre lui l'a suffisamment puni. Nous ajouterons que le conjoint innocent aurait pu demander immédiatement le divorce; s'il ne l'a pas fait, c'est parce qu'il y a trouvé intérêt, et non pas dans un but de générosité.

487. — D'ailleurs, là n'est pas la question : l'ancien demandeur a introduit une double instance au lieu de se contenter d'une seule; quels qu'aient été ses motifs, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même des frais supplémentaires occasionnés par le deuxième procès.

Qu'on ne nous objecte pas que toute condamnation contradictoire met les dépens à la charge du défendeur ; nous avons réfuté cet argument plus haut ; il n'est exact que si le défendeur est condamné, c'est-à-dire, a contredit injustement la prétention du demandeur ; il n'y a rien à reprocher ici au défendeur ; car il n'aurait pas pu éviter l'instance en souscrivant à la prétention du demandeur, et il peut objecter qu'il n'a pas eu le droit de réclamer immédiatement le divorce, et d'éviter ainsi les frais causés par la conversion.

488. — Nous admettons, bien entendu, le droit du juge de compenser les dépens (art. 131 C. pr.).

SECTION II

A quelle époque remontent les effets de la conversion ?

489. — « Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande » (art. 252, § 5).

Cette disposition de la loi de 1886 a tranché une controverse. On discutait jusqu'alors le point de départ des effets du divorce.

La seule opinion qui, à notre avis, fût exacte, ne faisait dater ces effets que de sa prononciation par l'officier de l'état civil, laquelle remplaçait la transcription actuelle.

La loi a préféré consacrer le système que la jurisprudence a maintes fois appliqué à la séparation de corps, et qui consiste à distinguer entre les tiers et les époux.

490. — En ce qui concerne les tiers, les effets du divorce ne datent que du jour où le divorce sera définitif, c'est-à-dire, selon nous, de la transcription. On pourrait, il est vrai, songer à les faire dater du jugement prononçant le divorce ; mais ce serait oublier que la transcription est une formalité substantielle et que, sans elle, il n'y a pas divorce (1).

491. — On a émis récemment (2) une autre opinion, d'après laquelle l'effet remonterait aux publica-

(1) Civ., 12 mai 1869, S. 69, 1, 301. — Dans le même sens, Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 494, note 18, p. 203. — *Contrà* : Marcadé, t. I, sur l'art. 311, n° 4 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 514 ; — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. III, n° 217.

(2) *Recueil du divorce*, 1887, p. 38.

tions exigées par l'article 250, lorsque ces publications précèdent la transcription. A quoi serviraient, dit-on, ces publications, si elles n'avaient pour but de fixer le point de départ des effets du divorce.

Nous répondrons que les publications peuvent fort bien n'avoir qu'un caractère prémonitoire, c'est-à-dire être faites pour prévenir les tiers que le divorce a été prononcé et pourra devenir définitif.

L'article 252, § 5, ne laisse aucun doute sur ce point; c'est le *jugement dûment transcrit*, dit-il, qui remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande; c'est donc aussi le *jugement dûment transcrit* qui fixe l'effet à l'égard des tiers (1).

492. — Quant aux époux, le divorce produit à leur égard un effet rétroactif qui remonte au jour de la demande. La raison en est facile à comprendre : la rétroactivité a été jugée nécessaire pour prévenir les fraudes que le mari pourrait commettre à l'encontre de la femme : il vendrait, durant l'instance, les valeurs mobilières appartenant à celle-ci ou à la communauté, afin d'en dissiper ou de s'en approprier le prix; dans cette hypothèse, l'effet rétroactif ne rencontre pas d'obstacle dans les droits des tiers, qui sont protégés par l'article 2279 C. civ.

493. — Ce motif ne se présente pas en matière de conversion; la prononciation de la séparation de corps a mis obstacle à des tentatives de ce genre : aussi, tout en appliquant théoriquement l'article 252, § 5, à la conversion, croyons-nous qu'il n'a, en cette matière, aucun intérêt pratique.

(1) *Suprà*, nos 422 et suiv.; — Carpentier, *Loi de 1886*, n° 157.

SECTION III

Effets de la conversion quant aux biens des époux.

494. — Le divorce est mis, par l'article 306, à côté de la séparation de corps; ce rapprochement qui, ainsi que nous le verrons, est complètement faux si on veut l'appliquer aux effets personnels (1), se justifie à peu près, quand on le restreint aux effets sur les biens : le régime matrimonial est dissous, et chaque époux reprend à la fois la propriété et la jouissance de ses biens.

495. — Il faut remarquer que, pour ce motif même, la conversion ne produit pas des effets aussi pleins, car déjà la séparation de corps a détruit le régime expressément ou tacitement adopté par les époux, pour y substituer la séparation de biens (art. 311 C. civ.). Néanmoins, la femme restant soumise à la puissance de son mari ne pouvait, sans autorisation, accomplir aucun acte important de la vie civile et notamment aliéner ses biens. Cette prohibition disparaît par le divorce, ainsi que l'autorité maritale dont elle n'était qu'une conséquence.

496. — En outre, si les époux étaient mariés sous le régime dotal, l'inaliénabilité des biens dotaux de la femme avait survécu à la séparation de biens qui résultait de la séparation de corps (2); la conversion sera nécessaire pour la faire disparaître.

497. — L'article 767 du Code civil, qu'on considère

(1) V. la section IV du chap. V. (nos 537 et suiv.).

(2) V. Aubry et Rau, 4^e édit, t. V, § 589, p. 617 et suiv., et les autorités citées.

souvent comme en désaccord avec l'assimilation du divorce et de la mort, nous paraît s'y référer. Le divorce ayant dissous le mariage, les époux seront entre eux dans la même situation que deux étrangers; l'article 767 n'a eu qu'à tirer de ce principe une conséquence toute naturelle, en décidant que le droit réciproque de succession n'existerait pas entre conjoints divorcés. Cette prohibition se trouve répétée dans les lois des 14 juillet 1866 et 25 mars 1873, quant aux objets spéciaux qu'elles prévoient.

498. — Elle n'existe pas en cas de séparation de corps (1); à ce point de vue donc, la conversion produit un effet important. Notons cependant, que jamais un époux ne demandera la conversion (ni le divorce), dans le but unique de priver son conjoint de sa succession; un moyen plus facile est mis à sa portée : il lui suffira de l'écarter par une disposition de dernière volonté, laquelle recevra son plein effet, les époux n'ayant aucun droit de réserve à prétendre dans la succession l'un de l'autre (2).

499. — Autre effet non moins certain de la conversion : le père ou la mère contre lequel le divorce a été prononcé perd la jouissance légale sur les biens de

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 494, note 31, p. 201, et t. VI, § 606, note 5, p. 337; — Demolombe, *Succession*, t II, n^o 475; — Messol, *Séparation de corps*, p. 343.

(2) On sait que des projets de loi nombreux ont été déposés pour accorder à l'époux survivant un droit de réserve sur les biens du conjoint prédécédé. L'un d'eux, voté au Sénat, a été adopté en première délibération à la Chambre, le 27 mai 1886; mais il n'a pas encore abouti. Il consiste à accorder une réserve à l'époux survivant non divorcé ou contre qui la séparation de corps n'a pas été prononcée; on voit que la conversion n'entraînerait souvent aucun effet au point de vue de ce droit de réserve.

ses enfants (art. 386 C. civ.). Cette disposition, dont nous ne tarderons pas à expliquer les motifs (1), ne s'applique certainement pas à la séparation de corps (2); la conversion est donc nécessaire pour en entraîner l'application.

Nous reviendrons sur l'art. 386 (3) qui se rattache plutôt aux rapports des père et mère divorcés avec leurs enfants, et que nous ne signalons ici que parce qu'il nous faudra dans un instant le supposer connu.

500. — Une question beaucoup plus discutée se tire de l'article 299, aux termes duquel l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, perd de plein droit tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage.

Cet article s'applique-t-il en matière de conversion? Nous nous posons ainsi la question célèbre de savoir s'il doit être étendu à la séparation de corps. Si l'on décide la négative, la déchéance prévue par l'article 299 ne résultera que du divorce produit par la conversion; si, au contraire, cette déchéance a été déjà engendrée par le jugement de séparation, il semble que la conversion n'aura, au point de vue de l'article 299, aucun effet (4).

Résolvons donc d'abord ce problème important, nous étudierons ensuite les conséquences qui en découlent.

(1) V. n° 508.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 494, note 13, p. 204, et t. VI, § 550, note 38, p. 93; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 510; — Marcadé, t. I, sur l'art. 314, n° 2, et t. II, sur l'art. 386, n° 7; — Massol, *Séparation de corps*, p. 334.

(3) V. *infra*, n° 518.

(4) V. cep. *infra*, n° 526.

Peu de questions ont été agitées d'une manière aussi persistante que celle de l'extension de l'article 299 à la séparation de corps; en d'autres termes, l'article 299 avait-il été compris dans l'abrogation des textes relatifs au divorce (1), ou, au contraire, était-il resté debout, et s'appliquait-il à la séparation de corps? Ce problème, qui a beaucoup perdu de son importance pratique depuis le rétablissement du divorce, a conservé la même portée théorique, et aucun texte législatif n'est encore venu le résoudre.

301. — La Cour de cassation, après avoir, durant un certain nombre d'années, restreint l'article 299 au divorce (2), l'étend depuis très longtemps à la séparation de corps (3). Cette opinion, reproduite par la majorité des Cours d'appel (4), et adoptée par beaucoup d'interprètes (5), est combattue cependant par des autorités très considérables en doctrine (6).

Le système adopté actuellement par la jurisprudence nous paraît seul exact.

302. — Il est d'abord certain que la plupart des

(1) Par la loi du 8 mai 1836.

(2) Civ., 23 juillet 1843, S. 43, 1, 415; — C. 21 décembre 1842, S. 43, 1, 728; — Civ. 21 novembre 1843, S. 44, 1, 235.

(3) Cass., Chamb. réun., 23 mai 1843, S. 46, 1, 321; — Civ., 18 juin 1849, S. 50, 1, 225.

(4) Paris, 20 août 1862, S. 62, 2, 449; — Caen, 29 janvier 1872; — Chambéry, 29 novembre 1879, D. 81, 2, 184; — Caen, 11 février 1880, S. 80, 2, 319; — Caen, 15 août 1885 (décision implicite), S. 87, 2, 193; — Douai, 14 février 1887; *Loi* du 4 mai.

(5) Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, 2^e édit., III, 1534; — Marcadé, t. I, sur l'art. 311, n° 1; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n°s 521 et suiv.

(6) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 208, § 494, note 32; — Laurent, III, n° 334; — Le Jeune, *France judiciaire*, t. II; — Vraye et Gode, 2^e édit., t. II, n° 811.

textes relatifs au divorce doivent s'étendre à la séparation de corps, à moins d'une intention formellement exprimée par le législateur, ou de motifs spéciaux interdisant cette extension. Le Code civil est, en effet, tellement sommaire sur la séparation de corps que le juge doit, à moins de s'exposer à commettre un déni de justice, chercher dans les textes relatifs au divorce des règles à appliquer. Ce principe a été indiqué lors de la discussion de la loi du 8 mai 1816 qui a aboli le divorce; il se trouve sous-entendu à plusieurs endroits des travaux préparatoires à la loi du 27 juillet 1884.

Ce qui achève de démontrer l'exactitude de ce principe, ce sont les termes mêmes dont se sert l'article 306: « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce, il sera loisible aux époux de former une demande en séparation de corps. » Ce texte n'indique-t-il pas clairement que la séparation de corps est mise sur la même ligne que le divorce, qu'elle a lieu dans les mêmes cas, qu'elle doit entraîner, en général, les mêmes résultats? La séparation de corps n'a-t-elle pas, enfin, été appelée le divorce des catholiques? L'idée que nous exprimons est surtout exacte depuis que le divorce et la séparation de corps sont également ouverts aux époux malheureux. Il serait, nous en convenons, gravement erroné de prétendre que le législateur de 1884 a préféré la séparation de corps; mais on nous accordera, au moins, qu'il n'a pas entendu donner à la séparation de corps un rôle absolument secondaire, en accordant une prime au divorce. C'est pourtant ce qui arriverait, si on refusait d'étendre l'art. 299 à la séparation; il n'est guère de mariage qui ne soit accompagné soit d'une donation mutuelle, soit d'une donation éventuelle par le prémou-

rant au profit du survivant. L'époux qui demande la séparation de corps cherchera d'ordinaire à retirer à son conjoint les avantages qu'il lui aura faits; si la séparation de corps ne le lui permet pas, il s'adressera au divorce; et le premier de ces remèdes prendra ainsi une place moindre que celle que le législateur a voulu lui assigner.

303.— On ne conteste pas, dans l'opinion contraire, que les textes du divorce ne soient, en général, applicables à la séparation de corps; il n'est pas douteux, par exemple, que les mesures relatives à la garde des enfants ne soient communes à ces deux modes de dissolution (1); de même, l'article 304, qui conserve aux enfants les avantages qui leur étaient accordés sur les biens de leurs auteurs, trouvera son application en cas de séparation (2).

Seulement, on affirme que cette extension ne saurait être admise pour les articles qui, comme le nôtre, constituent des pénalités, et, qu'en outre, le motif même de l'article 299 ne se retrouve pas en matière de séparation de corps.

304.— L'ancien article 308 (abrogé par la loi du 27 juillet 1884) édictait formellement contre la femme, après la séparation de corps, une peine en cas d'adultère; or, l'article 298 contenait déjà la même peine pour le divorce fondé sur cette cause. La reproduction d'une telle disposition ne témoigne-t-elle pas de la restriction de tout texte contenant une peine; et n'en est-il

(1) Cette doctrine généralement admise n'est peut-être pas exacte. V. *infra*, n°s 622 et suiv.

(2) V. *infra*, n° 640.

pas incontestablement ainsi de l'article 299 d'où dérive une grave déchéance contre l'époux coupable?

303.—En outre, tout le monde restreint au divorce les articles 386 et 767 (1), qui ne parlent pas de la séparation de corps; or, ces deux articles édictent, comme la disposition dont il est actuellement question, une peine pécuniaire; l'un prive de l'usufruit légal sur les biens de ses enfants l'époux contre lequel le divorce a été prononcé; l'autre empêche l'époux coupable de succéder à l'époux innocent.

306. — Enfin, on clôt cette série d'arguments de texte par l'article 1518 qui, en déclarant l'époux coupable déchu du préciput stipulé par le contrat de mariage, y assimile formellement la séparation de corps, ce qui indique, dit-on, une exception au droit commun.

Aucune de ces objections ne nous paraît fondée.

307. — La reproduction que faisait l'article 308 de la règle contenue autrefois dans l'article 298 ne saurait fournir un argument; car, il s'agit là, non pas d'une déchéance simplement pécuniaire, mais d'une peine corporelle. Or, s'il est de principe incontestable qu'une peine corporelle ne peut, sous aucun prétexte, être étendue, il n'en est pas toujours ainsi d'une déchéance pécuniaire; lorsqu'il y a identité absolue de motifs, cette extension est souvent admise sans difficultés: c'est ainsi qu'on applique à la déconfiture la déchéance du terme que l'article 1188 édicte pour la faillite (2). Nous avons dit, et nous prouverons encore

(1) V. *suprà*, nos 498 et 499.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV, § 303, note 12, p. 88; — Colmet de Santerre, t. V, n° 3 bis; — Demolombe, *Contrats*, t. II, n° 664; — Req. 10 mars 1845, S. 45, 1, 601.

mieux dans un instant, qu'aucune différence rationnelle ne saurait, à ce point de vue, être établie entre la séparation de corps et le divorce.

Ajoutons que l'article 308 peut avoir eu un autre motif de reproduire la disposition de l'article 298 (1). Cette peine n'était pas un des effets proprement dits du divorce fondé sur l'adultère; car, si elle dérivait forcément de ce divorce, elle pouvait fort bien être infligée sans lui (art. 337 C. pén.). Le législateur aurait donc pu craindre qu'on refusât d'étendre cette disposition à la séparation de corps, et de la ranger dans les conséquences du divorce.

308. — Les arguments que fournissent les articles 386 et 767, quoique plus spécieux, ne nous paraissent pas mieux fondés.

L'art. 386 n'a pas voulu édicter une déchéance. Elle se comprendrait difficilement, puisque la privation de l'usufruit légal sur les biens des enfants ne saurait rationnellement être considérée comme la punition d'une faute dirigée contre le conjoint. Le seul but de l'article 386 est de tirer un corollaire du principe de l'article 384, aux termes duquel la jouissance légale appartient, durant le mariage, au père, et, *après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère*. Le divorce dissout bien le mariage, mais les époux vivent encore tous deux; il fallait donc, pour éviter toutes difficultés, attribuer l'usufruit à l'un d'eux; et, cette idée admise, il était naturel que l'usufruit légal profitât à l'époux innocent plutôt qu'à l'époux coupable.

Or, l'article 384 n'avait aucun besoin d'explications

(1) Nos 517 et suiv.

en ce qui concerne la séparation de corps : le mariage subsistant, on peut se conformer à cette disposition d'après laquelle l'usufruit légal appartient, durant le mariage, au père.

309. — Quant à l'article 767, nous l'avons expliqué (1) à peu près de la même manière : le droit de succession existe entre époux ; après le divorce, il n'y a plus d'époux. Telle est l'idée très simple dont la loi a tiré une conséquence et dont l'énoncé seul montre qu'elle ne s'applique pas à la séparation de corps.

Il est donc bien clair que, pas plus dans cette hypothèse que dans la précédente, il n'est question de déchéance.

310. — Il y a plus : les motifs qui ont déterminé la rédaction des articles 386 et 767 s'appliqueraient-ils à la séparation de corps, que nous comprendrions encore qu'on refusât de les y étendre ; ces articles ne se trouvent pas, en effet, au titre du divorce. Or si, comme nous l'avons fait voir, il est hors de toute contestation que beaucoup des règles indiquées au titre du divorce s'appliquent à la séparation de corps, ce principe est, au contraire, très discutable pour celles qui figurent à d'autres titres. Le silence du Code, au chapitre de la séparation de corps, peut fort bien être suppléé par les règles des divers chapitres du divorce ; d'abord, parce qu'un même titre traite de ces diverses matières ; ensuite, parce que les travaux préparatoires de 1816 et ceux de 1884 permettent et même ordonnent cette extension. Ces motifs ne se présentent plus pour les questions traitées dans les autres parties du Code. Il ne faudrait

(1) N° 498.

donc, en aucun cas, tirer argument des articles 767 et 386 pour restreindre l'article 299 au divorce.

311. — Aussi, est-il à remarquer que les textes qui, dans les titres autres que celui du divorce, veulent édicter une règle commune à la séparation de corps et au divorce, prennent le plus grand soin de les mentionner l'un et l'autre : citons l'article 1441 qui indique le divorce et la séparation de corps comme modes de dissolution de la communauté ; l'article 1452, qui suspend, lors de ces deux événements, l'exercice des droits de survie de la femme ; l'article 1463, qui édicte une présomption de renonciation à la communauté de la part de la femme, soit en cas de divorce, soit en cas de séparation de corps.

Citons surtout l'article 1518 qui, lors de la dissolution de la communauté par le divorce ou la séparation de corps, décide que l'époux demandeur conserve ses droits au préciput en cas de survie. Il résulte certainement de cet article, par un argument *a contrario*, que l'époux défendeur ou coupable perd ses droits à ce préciput (1).

312. — Cette différence de rédaction entre les articles 1518 et 299 une fois justifiée, le premier de ces articles fournit à l'appui de l'interprétation du second un aide puissant.

Nous croyons que l'article 1518 démontre, d'une manière irréfutable, l'extension de l'article 299 à la séparation de corps : le préciput est, en réalité, une donation

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 205, § 494, note 27, et p. 501, § 529, note 14; — Colmet de Santerre, *Cours de Droit civil*, t. VI, n° 185 bis; — Laurent, *Principes*, t. XXIII, n° 351; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 520.

faite à l'époux survivant sur les biens de la communauté ; l'avantage dont parle l'article 299 est, en général, une donation faite sur les biens du conjoint prédécédé. Il est impossible de saisir la moindre raison d'une différence entre le sort de ces deux libéralités : pourquoi l'avantage pris sur les biens de la communauté et dont l'époux innocent n'est, en conséquence, donateur que pour moitié (1), tomberait-il plus facilement que celui qui est pris tout entier sur son patrimoine ? Il semble que si une distinction était nécessaire, c'est en sens inverse qu'elle devrait se produire.

§13. — C'est pourtant ce même article 1518 qui a paru de nature à fournir à la doctrine contraire un de ses arguments les plus concluants.

Nous n'avons plus, au point où nous en sommes, à démontrer la fausseté de la conséquence que cette doctrine tire de la différence de rédaction entre l'article 1518, qui mentionne la séparation de corps, et l'article 299, qui ne parle que du divorce ; nous avons suffisamment justifié (2) cette apparente contradiction.

Il n'y aurait donc de motif sérieux de rejeter notre argument que si on démontrait, soit qu'un motif particulier, qui ne se retrouve plus en notre matière, a déterminé le législateur à appliquer l'article 1518 à la séparation de corps, soit que l'acte visé par l'article 1518 est tout différent de celui auquel a trait l'article 299.

Chacune de ces deux raisons a été donnée.

(1) Nous faisons ici abstraction du cas où la femme renoncerait à la communauté.

(2) N° 310.

514.— On a, en premier lieu (1), essayé de démontrer que l'article 1518 n'édicte pas une déchéance contre l'époux coupable, mais accorde une prime à l'époux innocent. En principe, dit-on, le préciput, consistant dans le prélèvement d'une portion de la communauté, ne peut être admis que si, au moment du prélèvement, c'est-à-dire de la mort des époux, la communauté dure encore. La séparation de corps, comme le divorce, aurait donc pour effet d'éteindre absolument le préciput; et c'est par une faveur accordée à l'époux innocent qu'il faut expliquer l'article 1518, faveur fondée sur l'idée que la dissolution de la communauté s'est opérée sans sa faute. Or, l'article 299 a une base toute différente, la punition du coupable; on ne peut donc s'aider du premier de ces textes pour compléter le second.

515. — Nous avouons que cette explication de l'article 1518 peut trouver un appui dans le rapport fait, lors de la discussion du Code civil, par Duveyrier au Tribunat (2). Elle nous paraît cependant inexacte.

S'il fallait admettre, qu'en principe, la dissolution de la communauté arrivée sans la mort de l'un des époux met un obstacle définitif à l'ouverture du préciput, on devrait appliquer cette idée à la séparation de biens qui, elle aussi, dissout la communauté. Qui, cependant, a jamais songé à admettre une telle conséquence formellement contredite par l'article 1452 (3)? Il est donc cer-

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 205, § 494, note 26.

(2) Loqué, t. XIII, p. 372 et 373.

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 500, § 520, note 13; — Marcadé, t. V, sur l'art. 1518, n° 4; — Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1619.

tain que la continuation de la communauté jusqu'à la mort de l'un des époux n'est pas indispensable à l'ouverture du droit au préciput, et que si l'époux défendeur perd ce droit, c'est par suite d'une déchéance analogue à celle de l'article 299.

§16. — Le motif qu'on a invoqué pour démontrer que le préciput (art. 1518) est un acte tout différent de la donation (art. 299) nous paraît moins heureux encore.

L'article 1516 soustrait le préciput aux formes des donations; mais il ne paraît pas en résulter que la loi le considère comme étant, au fond, autre chose qu'une donation.

Admettons même, puisque telle est l'opinion générale (1), que le préciput soit soustrait aux règles de fond des donations. Quelles conséquences en tirer? Qu'il ne sera pas sujet à réduction, qu'il ne sera pas rapportable, si l'époux, parent de son conjoint au degré légal, vient à sa succession avec d'autres héritiers. Mais ceci prouve-t-il qu'en réalité, le préciput ne soit pas une libéralité? Bien au contraire, c'est une libéralité plus forte que toute autre, puisqu'elle n'est pas soumise aux cas de caducité ordinaire? Si la loi la fait tomber en cas de séparation de corps, ne doit-il pas en être ainsi, à plus forte raison, des autres donations entre époux?

§17. — Nous croyons avoir solidement établi, au point de vue des textes, l'opinion qui étend l'article 299 à la séparation de corps. Aussi, n'insisterons-

(1) Aubry et Rau, t. V, § 529, note 4, p. 498; — Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1614. — *Contrà*, Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 246.

nous guère sur les considérations morales qu'invoque l'opinion contraire, et qui ne sauraient, d'ailleurs, prévaloir contre celles que nous avons développées plus haut (1).

On nous dit que les donations faites en faveur du mariage doivent durer autant que le mariage, lequel survit à la séparation de corps.

Cette idée qui, si elle était exacte, rendrait l'article 1518 inexplicable, nous paraît erronée : s'il est vrai que les donations entre époux sont faites en faveur du mariage, on avouera aussi qu'elles ont lieu en prévision d'un mariage heureux, et comme témoignage d'une affection de la disparition de laquelle la séparation de corps est la meilleure preuve.

318. — On ajoute qu'il est imprudent de révoquer les avantages entre vifs en cas de séparation de corps ; car la réconciliation, que le législateur appelle de tous ses vœux, serait rendue difficile par suite de la haine qui résulterait de cette révocation entre les époux.

Peut-être cette déchéance hâtera-t-elle, au contraire, la réconciliation : l'époux coupable, intéressé à faire cesser la séparation de corps, manifestera, on peut l'espérer, un repentir dont l'époux innocent sera touché.

D'ailleurs, en admettant que notre doctrine ait l'inconvénient qu'on lui attribue, elle a, en revanche, l'avantage de rendre le divorce et la conversion de la séparation de corps en divorce moins fréquents ; l'époux innocent, satisfait par la déchéance de l'article 299, se

(1) N° 102.

contentera de demander et de maintenir la séparation de corps.

§19. — Rappelons que si la doctrine contraire repousse la déchéance de plein droit, elle ne maintient cependant pas, en toute hypothèse, les avantages entre époux : toute donation est révocable pour cause d'ingratitude, et si l'article 959 excepte les donations faites en faveur du mariage, une jurisprudence aujourd'hui constante (1), appuyée par la majorité des auteurs (2), refuse d'appliquer cette disposition aux donations entre époux.

§20. — Mais il est à remarquer que cette révocation nécessite une action spéciale à laquelle le demandeur en séparation hésitera souvent à recourir. Cette action est en outre soumise à une déchéance : elle ne peut être exercée après l'année qui suit le fait d'ingratitude, ou l'époque à laquelle le donateur en a eu connaissance. Or, il arrive souvent que l'époux ne se décide à recourir à la séparation de corps que longtemps après ce moment ; il n'aura plus alors aucun moyen, dans la doctrine que nous combattons, de priver son conjoint des avantages qu'il lui a faits.

Enfin, il peut se faire que le fait d'où dérive la séparation de corps ne soit pas constitutif d'ingratitude ; si le demandeur ne pouvait user de l'article 299, les donations qu'il aurait faites à son conjoint seraient maintenues ; il en serait ainsi, par exemple, de la séparation de

(1) Civ., 10 mars 1856, S. 56, 1, 199 ; — Civ., 17 février 1873, S. 73, 1, 52. — La Cour de cassation avait, jusqu'en 1856, décidé le contraire.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VII, § 708, note 41, p. 416 ; — Demolombe, *Donations*, t. IV, n^o 528 ; — Marcadé, t. III, sur l'art. 959, n^o 3 ; — Laurent, t. XIII, n^o 24.

corps fondée sur la condamnation à une peine afflictive ou infamante(1); il nous paraît bien difficile de voir dans cette condamnation un argument suffisant pour motiver une demande en révocation basée sur l'ingratitude.

On voit donc que ce droit de révocation est,—quoique paraissent dire les partisans de la doctrine que nous combattons,—loin de suppléer à l'article 299, dont la nécessité se trouve ainsi, une fois de plus, démontrée.

§24. — Nous considérons donc désormais comme certain que l'article 299 est applicable à la séparation de corps : le demandeur seul conserve les avantages qui lui ont été faits (art. 300). Cette théorie une fois admise, nous avons à nous demander quelle est l'influence de l'article 299 sur la conversion.

Le système que nous avons cru devoir proposer sur les pouvoirs des tribunaux nous permettra de résoudre la question d'un seul mot. Il n'est pas permis, selon nous, au juge de prononcer la conversion au profit de l'une ou de l'autre des parties (2); la conversion ne peut être que la substitution du divorce à la séparation de corps, dont les effets seront confirmés et aggravés, mais dont le bénéficiaire ne changera pas. La conversion ne produira donc aucun effet sur les déchéances; l'ancien demandeur continuera à pouvoir user de l'article 299; l'ancien défendeur ne pourra ni réclamer la

(1) Cet exemple serait peut-être mal choisi dans le système adopté par la jurisprudence, qui permet de demander la séparation de corps ou le divorce pour condamnation correctionnelle de l'un des époux sous prétexte d'*injure grave*, ce qui constituerait un cas d'ingratitude. Il est clair qu'il en serait ainsi, à plus forte raison, de la condamnation à une peine afflictive.

(2) V. *suprà*, nos 203 et suiv.

cessation de sa déchéance, ni en exiger l'extension au demandeur; car, en admettant le contraire, le tribunal modifierait les effets du divorce.

322. — Ce n'est pas que le défendeur soit privé de toutes ressources : nous lui avons permis de demander le divorce proprement dit, soit par voie reconventionnelle, lors de la demande en conversion formée par l'ancien demandeur, soit d'une manière principale, à condition de prouver que l'ancien demandeur s'est rendu coupable d'une faute de nature à entraîner le divorce (1).

Qu'arrivera-t-il si le défendeur use de ce moyen ? La déchéance qu'il a encourue par la séparation de corps ne disparaîtra certainement pas; car l'effet produit par le jugement doit être définitif, et, d'ailleurs, la faute commise depuis par le demandeur n'a pas effacé la faute antérieure du défendeur dont la punition doit subsister.

Seulement, cette même déchéance sera étendue à l'ancien demandeur : le divorce étant aujourd'hui prononcé contre lui, il se trouvera rigoureusement dans les termes de l'article 299.

323. — La question ne nous paraît pas plus compliquée dans le système qui restreint l'article 299 au divorce. Ici encore, notre théorie nous fournit une réponse très simple : la conversion produisant nécessairement ses effets au profit de l'ancien demandeur, l'article 299 commencera à s'appliquer; ce sera l'un des cas dans lesquels la situation du défendeur à la séparation subira une aggravation. Quant à l'ancien demandeur, il n'éprouvera pas plus de déchéance que s'il avait im-

(1) N° 473.

médiatement recouru au divorce. Il en sera tout autrement si l'ancien défendeur demande et obtient le divorce.

323. — On ne pourrait rejeter ces conséquences logiques du système qui refuse d'étendre l'article 299 à la séparation de corps, qu'en refusant aussi de l'étendre à la conversion : il suffirait alors que la séparation de corps fût obtenue pour que l'article 299 perdît toute application, même au cas ultérieur de conversion.

Cette opinion a été, en effet, soutenue par certains interprètes, qui ont même traité l'opinion contraire de peu sérieuse (1). Il est fâcheux, qu'en s'abstenant de donner aucun motif à l'appui de leur doctrine, ces auteurs ne nous donnent pas les moyens de la réfuter. Nous ne voyons pas trop sur quoi elle peut se baser : la conversion est évidemment un divorce ; la loi ne distingue pas, au point de vue des effets, plusieurs sortes de divorce. Soutiendra-t-on que l'article 767, que l'article 386 ne s'appliquent pas à la conversion ? L'article 299 s'y étend certainement aussi, si on ne veut pas admettre que la séparation de corps l'a déjà entraîné.

324. — Il serait absolument désastreux de décider le contraire : nous avons déjà montré que l'époux se contentera rarement de la séparation, si elle ne produit pas à son profit l'application de l'article 299 ; il s'en contentera bien moins encore, s'il n'a pas l'espoir d'arriver à la déchéance qu'entraîne cet article par une conversion ultérieure.

325. — La question que nous venons de traiter est loin d'être aussi simple, si on permet, avec l'opinion

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V., p. 207, *note* à la fin de la page.

générale, au tribunal de prononcer la conversion au profit de l'ancien défendeur ou des deux époux.

526. — Qu'arrivera-t-il au premier cas?

A moins de prétendre que l'article 299 n'a aucune application en matière de séparation de corps, suivie ou non de divorce, opinion déjà réfutée, on permettra au défendeur d'invoquer l'article 299, de sorte que la déchéance atteindra les deux époux; cette opinion n'a rien que de raisonnable, et nous l'avons admise pour le cas où l'ancien défendeur obtient le divorce par voie principale (1).

527. — On aboutit, au contraire, à une conséquence qui nous paraît inadmissible lorsque la conversion est prononcée au profit des deux époux.

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de revenir sur le jugement de séparation de corps en détruisant la déchéance que ce jugement a entraînée contre l'époux défendeur : décider le contraire, ce serait méconnaître l'autorité de la chose jugée, ce serait permettre au jugement de conversion de réformer le jugement de séparation de corps.

Nous ne permettrons pas non plus à la décision qui admettra la conversion de prononcer la même déchéance contre l'époux anciennement demandeur. Cet époux ne serait passible de l'article 299 que si le divorce était prononcé contre lui, ce qui n'arrive pas dans l'espèce.

Il faudra donc que la décision antérieure soit maintenue, sans que l'époux anciennement défendeur puisse recevoir de compensation. Or, ne voit-on pas l'iniquité

(1) N° 522.

manifeste de cette décision qui, tout en admettant que l'ancien demandeur est devenu aussi coupable que l'ancien défendeur, conserve intacts les droits du premier, alors que le second a été frappé d'une irremédiable déchéance ?

§28.— Tout ceci prouve, une fois de plus, combien est erronée la doctrine générale, d'après laquelle le tribunal est maître des effets de la conversion qu'il peut prononcer au profit de l'un ou de l'autre des époux ; nous n'en persistons que davantage dans l'opinion que nous avons émise et sur laquelle nous ne nous sommes pas lassé d'insister.

Ajoutons que le rapport fait au Sénat (1) indique formellement que le jugement de conversion ne pourra modifier les avantages et les déchéances que le jugement de séparation de corps aura entraînés, et prouve ainsi l'exactitude des deux solutions que nous venons de démontrer longuement : l'article 299 s'applique à la séparation de corps, la conversion n'a sur cet article aucun effet. Le rapporteur emploie à ce propos la phrase que nous avons déjà eu l'occasion de citer : « Ce serait non un jugement de conversion, mais un jugement de revision. »

Il est vrai qu'il tombe immédiatement dans l'erreur même qu'il vient de combattre, en ajoutant que, *s'il s'est produit des faits nouveaux*, le jugement pourra étendre l'article 299 à l'époux qui aura obtenu la séparation de corps. La jurisprudence et la doctrine, en ap-

(1) Séance du 25 juin 1884. (*Journal off.* du 25, Documents parlementaires. Sénat.)

prouvant cette distinction (1), n'ont pas remarqué que, même appuyé sur des faits nouveaux, le jugement de conversion ne peut être un jugement de revision.

329. — Il nous reste, pour terminer l'étude de l'article 299, à indiquer ce qu'il faut entendre par *avantages* et quel est l'effet de leur révocation.

330. — Il faut entendre par *avantage* toute libéralité faite entre les époux.

L'idée de libéralité appelle celle d'intention libérale; la révocation ne s'appliquera donc pas aux clauses de communauté qui sont adoptées dans une intention différente, et dont le résultat est d'avantager l'un des époux au détriment de l'autre. Si nous supposons, par exemple, que le régime adopté soit celui de la communauté légale, et qu'une succession mobilière recueillie par l'époux innocent enrichisse la communauté et par suite l'époux coupable, aucune déchéance n'atteindra ce dernier, son conjoint n'ayant pas eu l'intention de lui faire une donation (2).

Il en serait autrement des clauses qui modifient le partage par moitié de la communauté (art. 1520 et suiv.); il y a évidemment, dans ces hypothèses, intention d'avantager. Nous avons vu dans le préciput une autre application de la même règle.

331. — L'avantage fait pendant le mariage est aussi compris textuellement dans l'article 299; on aurait pu admettre que le législateur fit une exception

(1) Cass. Belg., 24 mars 1863; *Pasicrisie*, 65, 1, 147; — Botton et Lebon, p. 135; — Saint-Marc, n° 35; — Poulle, p. 259; — Laurent, t. III, n° 303; — Goirand, p. 211; — Coulon, Faivre et Jacob, p. 349 et 479; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 422.

(2) Cass. Belg., 24 octobre 1874; *Pasicrisie*, 75, 1, 7.

sur ce point. Ces donations étant révocables, il n'était pas nécessaire qu'elles fussent révoquées de plein droit.

552. — L'article 299, ne s'étant pas arrêté à ce motif, doit être étendu aux legs faits par le demandeur en séparation au profit du défendeur (1). La généralité du terme *avantage* favorise cette extension qui, nous venons de le voir, ne saurait être rejetée sous prétexte que, l'époux ayant le droit de faire une révocation expresse, la déchéance de droit serait inutile.

Nous croyons même qu'il faut l'appliquer aux legs antérieurs au mariage (2). Un testament ne produit effet qu'au moment du décès ; jusqu'alors, ce n'est qu'un projet qui ne saurait être considéré comme définitif. Le testament n'est donc pas, en droit, un acte antérieur au mariage, et il subit le sort de toutes les libéralités postérieures à cet événement.

553. — L'effet de la révocation nous paraît très délicat à déterminer.

Il est certain que la révocation ayant eu lieu de plein droit, la revendication du bien aliéné pourra être intentée contre le donataire et ses héritiers pendant trente ans, à partir de la dissolution du mariage ; il n'est pas possible que le délai soit moindre : la prescription ne court pas entre époux (art. 2253) et la révocation fait disparaître toute présomption de bonne foi, ce qui empêche l'application des articles 2265 et 2279.

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VII, § 724, note 7, p. 509 ; — Lyon, 26 janv. 1861, S. 61, 2, 553.

(2) *Contra*, Carpentier, *Traité du divorce*, n^o 342 et 350.

554. — Au contraire, si le bien a été aliéné, le tiers détenteur sera, s'il est de bonne foi, par le fait de la possession, à l'abri de toute action lorsqu'il s'agira d'un meuble, et au bout de dix à vingt ans de possession lorsqu'il aura acquis un immeuble.

555. — Une question plus douteuse est celle de savoir si la révocation permet au donateur de méconnaître les aliénations déjà consenties par le donataire au moment de la révocation, c'est-à-dire si l'effet de l'article 299 est rétroactif.

L'opinion générale, consacrée par la Cour de cassation, affirme que la révocation ne porte aucune atteinte aux droits des tiers (1).

On invoque en ce sens l'article 958 du Code civil, aux termes duquel la révocation pour cause d'ingratitude laisse intactes les aliénations consenties par le donataire. Or, dit-on, l'article 299 n'est qu'un cas d'application, particulièrement énergique, il est vrai, de la révocation pour cause d'ingratitude.

D'un autre côté, il s'agit d'une peine : or, il est de la nature de toutes les peines de n'atteindre que le coupable.

L'article 299 produira donc son effet à partir du jugement de séparation de corps, ou, si on restreint l'article 299 au divorce, à dater de la transcription du jugement de conversion sur les registres de l'état civil.

556. — Nous croyons préférable de décider que

(1) Aubry et Rau, t. V, § 494, note 33, p. 209; — Demolombe, *Marriage*, II, n° 527; — Laurent, III, n° 306; — Carpentier, n° 355; — Poulle, p. 253; — G. Demante, *Revue critique*, t. XXIX, 1866, p. 527; — Civ., 30 août 1865, S. 66, 1, 9.

l'effet de la révocation sera rétroactif et que les tiers seront forcés de restituer les biens acquis (1).

C'est le propre de toute révocation de remonter au jour de l'acte qu'elle veut faire disparaître. Citons comme exemples la révocation pour inexécution des conditions, la révocation pour survenance d'enfants.

L'article 958 ne fournirait un argument bien sérieux en faveur de la doctrine contraire, que si nous nous trouvions en présence d'une hypothèse analogue.

Or, il est certain que le fondement de la déchéance édictée par l'article 299 n'est pas l'ingratitude, mais bien plutôt la défaveur de la loi pour l'auteur du divorce ou de la séparation de corps. La preuve en est que cette déchéance s'applique, nous l'avons montré (2), même là où l'ingratitude ne peut être supposée. En un mot, l'article 958 est fondé sur un intérêt privé, l'article 299 sur l'ordre public.

Ce qui démontre que l'article 958 ne saurait être pris comme exemple, c'est que la révocation pour ingratitude ne peut être demandée contre le donateur que pendant un an, alors que l'action de l'article 299 peut être intentée contre lui durant trente ans; nouvelle preuve que cette dernière action a paru au législateur préférable à la première.

L'objection qu'une peine ne doit pas rétroagir nous paraît porter à faux : il en est ainsi certainement d'une peine criminelle, et cette règle signifie qu'une loi pénale ne peut frapper des délits commis antérieurement à sa

(1) En ce sens, Marcadé, *Revue critique*, 1854, t. IV, p. 509.

(2) N° 520.

promulgation ; mais que vient faire ce prétendu principe dans la matière que nous étudions ?

SECTION IV

Effets de la conversion quant aux personnes des époux.

357. — Le divorce entraînant la dissolution du mariage, il semble qu'il doit produire les mêmes effets que la mort de l'un des époux, c'est-à-dire leur accorder une entière liberté, et ne laisser subsister aucun effet du mariage.

En adoptant cette solution, on pousserait beaucoup trop loin les conséquences d'un point de vue exact et on aboutirait à des solutions aussi logiques qu'injustes. L'époux innocent est pauvre et son conjoint riche : admettra-t-on que le divorce éteint absolument l'obligation d'assistance qui dérivait du mariage, et permettra-t-on qu'il souffre d'un divorce établi en sa faveur ? La femme contre laquelle le divorce a été prononcé pour cause d'adultère veut épouser son complice ; la loi autorisera-t-elle un pareil scandale (1) ? Ces exemples suffisent à montrer que les effets du divorce mettaient en jeu des intérêts divers qui devaient réagir sur le principe de la dissolution du mariage.

358. — Pour étudier ces restrictions, nous nous occuperons successivement des divers points que le législateur a réglés, ou qui, passés par lui sous silence, présentent quelque doute. Nous indiquerons les modifica-

(1) Nous nous plaçons au point de vue invoqué par les rédacteurs du Code. V. *infra*, n° 549.

tions que la conversion fait subir à la séparation de corps, pour ce qui regarde la faculté accordée aux époux de se réunir ou de contracter un nouveau mariage, le changement de domicile, le nom, enfin les obligations dérivant du mariage.

§ 1. — SECOND MARIAGE.

§ 39. — Les époux séparés de corps ne peuvent évidemment se remarier. Un mariage entre eux serait inutile, et la réconciliation est le seul moyen qui leur permette de revenir à la situation antérieure; un mariage avec d'autres serait impossible, puisque la séparation de corps a laissé l'union intacte.

§ 40. — La transcription du jugement de conversion sur les registres de l'état civil opère sur ce point de grands changements : le mariage est dissous (art. 227, § 2). Régulièrement donc, les époux pourraient se remarier immédiatement. La loi, tout en consacrant ce principe par son silence, y a pourtant apporté, pour des motifs différents, trois restrictions qu'il nous faut maintenant développer : elles sont relatives au délai imposé à la femme, au mariage de celle-ci avec son complice, au mariage contracté par les époux divorcés entre eux. Ajoutons que tout nouveau mariage contracté avant la transcription est inexistant comme entaché de bigamie, puisque le mariage n'est pas légalement dissous.

I. — *Délai de viduité.*

§ 41. — La femme ne peut se remarier qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent

(art. 228), opérée notamment par le divorce (art. 296).

La dénomination de *délai de viduité* qu'on applique par tradition à cette durée de dix mois n'est plus complètement exacte, puisque, dès la fin du Droit romain, on la voit appliquer à tous les modes de dissolution du mariage et notamment au divorce.

342. — Elle n'est plus fondée uniquement sur les convenances sociales qui obligent les femmes à garder le deuil de leur mari défunt; sa raison d'être, c'est surtout la crainte de la *confusion de part* : la loi admet, en effet, que la conception peut durer de cent quatre-vingts à trois cent jours (art. 312 et 315). Si la femme avait accouché moins de 300 jours depuis la dissolution du mariage et plus de 180 jours après avoir contracté un second mariage, on aurait été embarrassé pour déterminer le père de l'enfant. Aussi, faut-il par les dix mois dont parle l'article 228, entendre trois cents jours (1); les expressions du Code s'expliquent par ce fait que les mois étaient alors exactement de trente jours, ainsi que le témoigne le rapprochement des articles 2169 et 2183, qui désignent un même délai (2) par les mots de un mois, trente jours.

343. — Il semble que le motif que nous assignons, avec tous les auteurs, à l'article 228, devrait en empêcher l'application à la conversion : à quoi bon obliger la femme à attendre dix mois pour se remarier? La confusion de part n'est-elle pas suffisamment évitée par le laps de trois ans qui s'est écoulé depuis la séparation de corps? L'enfant né dix mois après la séparation de

(1) Arg. art. 312 et 313 C. civ.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. III, § 294, note 3, p. 511; — Pont, *Traité des hypothèques*, t. II, n^o 1298.

corps n'appartient pas au mari, puisque celui-ci a la faculté de le désavouer ; à plus forte raison, est-il certain qu'on ne peut lui attribuer l'enfant né cent quatre-vingts jours après la conversion (1).

On convient, néanmoins, que l'article 228, en raison de la généralité de ses termes, doit s'appliquer à la conversion (2) ; mais on appelle sur ce point une réforme législative, de même qu'on déclare illogique l'application de cette disposition, lorsqu'un accouchement a eu lieu avant l'expiration du délai de dix mois : là encore, la confusion de part n'est pas à craindre, puisque la naissance d'un enfant légalement attribué au premier mari (art. 315, *a contrario*) donne la certitude qu'il ne naîtra pas d'autre enfant dans le même délai ; et pourtant l'article 228, par ses expressions générales, s'étend aussi à cette dernière hypothèse.

§ 44. — Nous croyons, quant à nous, que l'application de l'article 228 à la conversion se justifie, non pas seulement par la généralité du texte, mais encore au point de vue rationnel.

Sans doute, si les époux sont restés en fait séparés depuis le jugement de séparation de corps, la confusion de part n'est pas à craindre ; mais qui garantira qu'aucun rapprochement n'a eu lieu ? Serait-ce par hasard ce fait, qu'aux yeux de la loi, la réconciliation, si elle s'était produite, aurait fait cesser la séparation de corps ? Évidemment non, car ce qui met fin à la séparation de corps c'est la réconciliation prouvée (3), et elle peut

(1) V. *infra*, n° 641.

(2) Pouille, p. 232.

(3) V. *suprà*, n° 429.

avoir eu lieu sans que personne veuille ou puisse la prouver.

Aussi, même au cas où il n'y a pas eu réunion de fait, l'enfant est attribué au mari par l'article 313. Il est vrai que le désaveu est possible, et qu'il aura lieu par une simple manifestation de volonté, sans aucune preuve à l'appui; mais le mari peut reconnaître l'enfant né pendant la séparation de corps comme sien, et son silence pendant un mois constituera même une reconnaissance tacite (art. 316).

Nous verrons, au contraire (1), que l'enfant né après les dix mois de divorce n'est plus attribué au mari; mais, tant que ce délai n'est pas arrivé, la présomption subsiste dans les termes de l'article 313, et comme, d'un autre côté, le nouveau mari est censé être le père de l'enfant après le mariage (art. 312 et 314), la confusion de part est possible.

§45. — Nous croyons également que la femme devra attendre dix mois pour user de la faculté accordée par l'article 293, et se remarier avec son ex-conjoint (2). En vain, objecte-t-on (3) que le motif de l'article 228 ne se retrouve pas ici; la généralité des termes de cet article nous interdit toute distinction; et d'ailleurs, si la nécessité de ce délai n'a pas de justification au point de vue de la confusion de part, il en est autrement au point de vue de la moralité : on pourrait trouver singulier de voir des époux, à peine désunis, contracter entre eux un nouveau mariage.

(1) V. *infra*, n° 642.

(2) Poulle, p. 232.

(3) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 320.

346. — L'empêchement édicté par l'article 228 est-il prohibitif ou dirimant? En d'autres termes, si, par erreur ou collusion, l'officier de l'état civil célèbre un second mariage de la femme, ce mariage sera-t-il valable ou nul?

Quoique cette dernière opinion ait été soutenue, nous décidons, avec la jurisprudence qui s'était formée sous le Code civil (1), et la majorité des auteurs (2), que cet empêchement est simplement prohibitif : les nullités, d'après l'opinion généralement admise, ne se suppléent pas dans la matière du mariage, qui, sur ce point, diffère de tous les autres contrats (3). En conséquence, le second mariage est valable à défaut d'une décision contraire contenue dans les textes.

347. — Seulement, si un enfant naît avant les dix mois qui suivent la dissolution du premier mariage, des difficultés que nous nous contentons de signaler peuvent s'élever sur le point de savoir quel est le père : à notre avis, les tribunaux résoudront souverainement cette question qui, n'étant prévue par aucun texte, se trouve ramenée à une appréciation du fait (4).

(1) Civ., 29 octobre 1871, S. 72, 1, 46.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 463, note 5, p. 82; — Marcadé, t. I, sur l'art. 228, n^o 2; — Demolombe, *Mariage*, t. I, n^o 337.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 438, note 2, p. 42; — Demolombe, *op. cit.*, t. I, n^o 335.

(4) *Sic*, Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, § 545, note 74, p. 51. D'après Demolombe (*Paternité*, n^{os} 93 et 94), c'est le second mari qui est présumé être le père; cet auteur crée ainsi une présomption légale, contrairement au texte formel de l'art. 1350; l'opinion de Laurent (*Principes*, t. III, n^o 388), est encore moins admissible; cet auteur permet à l'enfant de choisir entre les deux maris de sa mère, et par là même, quoiqu'il ne le dise pas, de les considérer tous deux et successivement comme ses pères, ou de les rejeter tous deux en vertu du principe *res inter alios acta*, etc.

II.-- *Mariage de la femme avec son complice.*

548. — Le Code civil et la loi du 27 juillet 1884 interdisaient le mariage de l'époux, contre lequel le divorce avait été admis pour cause d'adultère, avec son complice.

Cette disposition, qui avait été condamnée lors de la discussion de la loi de 1884 par la Chambre, fut vivement combattue en 1886; on la maintint néanmoins sous ce singulier prétexte que la faute ne devait pas être récompensée (art. 298).

548^{bis}. — C'est avec raison que ce motif paraissait insuffisant aux adversaires mêmes du divorce (1): il ne s'agit pas ici de récompense, mais de réparation. Si l'on veut admettre le divorce, qu'on permette au moins à l'époux coupable de se repentir de sa faute. Si on lui interdit de se marier avec son complice, n'arrivera-t-il pas fréquemment qu'ils vivront en état de concubinage, et causeront ainsi un scandale social qu'ils seront en droit d'imputer au législateur ?

548^{ter}. — L'article 298 aboutit, en outre, à des conséquences singulières : supposons que le mari se contente de demander la séparation de corps contre sa femme adultère; s'il meurt avant d'avoir le temps ou sans avoir eu la volonté d'obtenir la conversion, rien n'empêchera la femme d'épouser son complice; car, le mariage étant dissous par la mort et non par le divorce, on ne se trouvera plus dans les termes de l'article 298 (2).

(1) M. Jolibois, Séance de la Chambre du 8 mai 1881, *Journ. off.* du 9. Débats parlementaires, Chambre, p. 538.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 463, note 11, p. 83. — Demolombe,

Qu'on ne nous dise pas que l'esprit de la loi commande l'extension de l'article 298 à cette hypothèse ; un texte prohibitif ne peut s'étendre. Et, d'ailleurs, autant vaut soutenir que si le mari meurt sans avoir poursuivi l'adultère, le mariage avec le complice est impossible, solution qui n'a jamais été proposée.

Si, au contraire, la conversion est survenue, l'article 298 s'appliquera certainement (1) : nous serons en présence d'un divorce qui a sa cause, au moins indirecte, dans l'adultère. Y a-t-il rien de plus illogique cependant qu'une telle distinction ?

§49. — Nous croyons que l'article 298 doit s'appliquer, même au cas où l'adultère est postérieur à la séparation de corps, pourvu que le tribunal invoque cet adultère pour prononcer le divorce. Nous avons vu, en effet, que les tribunaux peuvent s'appuyer sur des faits postérieurs à la séparation pour prononcer le divorce (2); on rentre alors dans le cas prévu par l'article 298.

§49 bis. — Cette disposition fait naître une importante question. Quand le complice de l'adultère sera-t-il suffisamment désigné ? Est-il nécessaire que le jugement le nomme ? Suffit-il que la notoriété publique le désigne ?

Nous croyons, avec la doctrine et la jurisprudence, que la vérité est entre ces deux opinions ? Exiger la désignation du complice dans le jugement serait à peu près supprimer l'article 298, car le tribunal, qui n'est

Mariage, t. I, n° 426 ; — Marcadé, sur l'art. 298 ; — Laurent, t. II, n° 367.

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 324.

(2) N° 498 et suivants.

pas forcé de nommer le complice, s'abstient le plus souvent de le faire; se contenter d'un bruit public serait s'exposer à de graves erreurs. Aussi, pensons-nous qu'il suffit d'un acte officiel quelconque pour désigner le complice, mais que cet acte est nécessaire (1).

349^{ter}. — Nous admettons, par exemple, que le complice est suffisamment indiqué par la déposition d'un témoin, conservée au procès-verbal d'enquête (2). Nous pensons même que le procès-verbal du commissaire de police constatant le flagrant délit suffira. On objecte que c'est le divorce fondé sur l'adultère qui constitue, à lui seul, l'empêchement au mariage (3): d'accord; mais si, sur la foi de ce procès-verbal, le divorce est prononcé, ne sera-t-il pas fondé sur l'adultère, et le nom du complice ne sera-t-il pas clairement indiqué?

Rien n'empêchera, en tout cas, le prétendu complice de prouver que la désignation était inexacte et qu'il n'était pas coupable (4).

350. — Remarquons que l'article 298 s'applique au mari comme à la femme. Et nous pouvons supposer, à ce propos, une séparation de corps prononcée avant la loi du 27 juillet 1884 contre le mari adultère, et convertie en divorce postérieurement à cette loi (5).

On a prétendu que, dans cette hypothèse, l'article 298 ne s'applique pas (6) : le mari, dit-on, n'a pu voir

(1) Carpentier, *op. cit.*, n° 322; — Poulle, p. 235; — Vraye et Gode, 2^e édit., t. II, n° 627; — Faivre, Coulon et Jacob, p. 342; — Frémont, n° 865.

(2) Trib. Melun, 25 fév. 1887, S. 87, 2, 93.

(3) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 313.

(4) Jugement précité de Melun.

(5) V. l'appendice, § 1.

(6) Carpentier, *op. cit.*, n° 326.

la séparation prononcée contre lui que pour injure grave, puisque l'adultère commis par lui n'était pas, avant la loi de 1884, une cause de séparation de corps. Or, c'est à l'adultère seul qu'est attachée la sanction de l'article 298.

551. — Il y a là, selon nous, une erreur des plus graves : qu'importe le prétexte sous lequel le divorce a été prononcé, s'il constate l'adultère? On oublie que l'article 298 existait déjà sous le Code civil ; or, il aurait eu, alors, dans l'opinion que nous combattons, une application des plus limitées, puisque l'adultère ne pouvait, *comme tel*, donner lieu au divorce que si le mari avait entretenu sa concubine dans la maison conjugale.

552. — L'article 298 n'édicte, comme l'article 228, qu'un empêchement prohibitif : un texte serait nécessaire pour admettre la nullité du second mariage (1).

Cette opinion n'a jamais été combattue directement ; mais nous devons signaler, comme manifestement erroné, un jugement par lequel le tribunal de la Seine a récemment décidé que les mesures provisoires, adoptées par le jugement de divorce, ne peuvent être modifiées sous prétexte du mariage de la femme adultère, avec son complice, si ce mariage n'a pas été attaqué (2). Ce motif donnerait fausseté à supposer que l'annulation du second mariage est possible.

III. — *Faculté donnée aux époux de se remarier entre eux.*

553. — Sous l'empire du Code civil, l'article 295 défendait aux époux divorcés de se remarier entre eux :

(1) Pouille, p. 235 ; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 323.

(2) Trib. Seine, 6 juin 1887 ; *France judiciaire*, 87, 2, 329.

on ne peut nier la sagesse de cette disposition; elle était de nature à éviter les divorces irréfléchis.

On la trouva cependant illogique, et la loi de 1884 permit aux époux de s'unir une seconde fois; mais, en voulant trop bien régler le sort de ce second mariage, le nouvel article 295 est resté, comme nous allons le voir, obscur et incomplet.

334. — Ce nouveau mariage est soumis à toutes les conditions de capacité, de consentement, de formes d'un mariage, ordinaire. A ce point de vue, il faut faire complètement abstraction de la première union.

335. — Toutefois, on pourrait juger inutiles les mesures de publicité prescrites par l'article 1397 du Code civil, relativement aux changements apportés au contrat de mariage, après sa rédaction et avant la célébration du mariage. Ces changements sont, disait-on, impossibles, puisque la loi oblige les parties à adopter les conventions matrimoniales qui réglaient leur première union.

Nous préférons adopter l'opinion contraire, car nous allons voir, dans un instant, que ces changements sont loin d'être impossibles.

336. — Dans tous les cas, les formalités de l'article 67 du Code de commerce et de la loi du 10 juillet 1850 s'appliquent à ce mariage, c'est-à-dire que le contrat de mariage du commerçant et le contrat de mariage adoptant le régime dotal doivent être portés à la connaissance des tiers (1); on ne saurait objecter qu'il l'a été une première fois lors du premier mariage; ce n'est pas certain pour l'article 67 du Code de commerce, car

(1) *Contra*, Carpentier, *Traité du divorce*, n° 304.

l'époux, aujourd'hui commerçant, pouvait fort bien ne pas l'être lors de son premier mariage. En outre, les tiers ne sont pas obligés de savoir que les nouveaux époux étaient déjà mariés entre eux une première fois ; ils ne songeront donc pas aux formalités qui ont précédé la célébration du premier mariage.

337. — La loi met une condition à la réunion des époux, c'est qu'ils adoptent le régime matrimonial qui les régissait antérieurement (art. 293, § 2).

Cette disposition est difficile à appliquer ; on ne saisit guère sa raison d'être ; sa sanction nous paraît à peu près impossible à déterminer.

338. — Qu'entendre tout d'abord par *régime* ?

Les époux seront-ils forcés d'admettre absolument les mêmes conditions que celles qu'ils avaient adoptées primitivement ? Si leur mobilier était réalisé jusqu'à concurrence de cent mille francs, leur nouveau mobilier sera-t-il réalisé jusqu'à concurrence de la même somme ?

Cette solution serait peut-être celle qui éviterait le mieux toutes difficultés ; les travaux préparatoires interdisent malheureusement de l'admettre. Le projet de la loi de 1884 obligeait les époux à adopter les mêmes conventions ; mais une modification y fut introduite, sous prétexte qu'il pouvait être survenu dans la fortune des époux des changements de nature à motiver une différence dans les conventions.

339. — Faudra-t-il donc comprendre le mot *régime* avec son sens habituel, c'est-à-dire permettre aux époux toutes modifications dans leurs conventions, à condition qu'ils ne dérogent pas à la distinction des quatre régimes établie par les articles 1391 et suivants, qu'ils ne

substituent pas, par exemple, le régime dotal à la communauté?

Cette doctrine serait encore plus absurde que la précédente, car elle permettrait des modifications très importantes pour en défendre d'autres qui le seraient moins : on pourrait substituer, par exemple, la communauté universelle à la communauté d'acquêts, parce qu'on ne sortirait pas du régime de la communauté; mais il serait défendu de remplacer le régime sans communauté par le régime dotal. Or, cette dernière substitution maintiendrait la composition respective des patrimoines et ne modifierait même pas gravement les pouvoirs d'administration du mari; son seul effet important serait de rendre inaliénables les biens de la femme. Au contraire, remplacer la communauté d'acquêts par la communauté universelle, serait bouleverser complètement la composition des patrimoines.

Nous en concluons, tout en regrettant le dangereux silence du législateur sur ce point, d'abord qu'il ne sera pas permis de substituer un régime à un autre, puisque la loi le défend; ensuite, que les modifications importantes dans les conventions ne seront pas davantage permises; mais, sur ce dernier point, les tribunaux auront toute latitude, puisque la loi ne leur a imposé aucune règle. Ils examineront seulement, conformément au vœu exprimé par le législateur, si les changements sont de nature à blesser l'intérêt des tiers.

360.— C'est, en effet, à cause des tiers, que la loi a voulu imposer cette limite aux droits que l'article 1387 accorde à tous époux de régler leurs conventions matrimoniales comme ils l'entendent.

Mais on nous permettra de remarquer qu'elle s'est montrée singulièrement mal inspirée.

Qu'importe aux tiers que le nouveau contrat de mariage soit radicalement différent de l'ancien, puisqu'il est soumis aux conditions de forme et de publicité que la loi considère comme nécessaires pour assurer une garantie suffisante aux tiers qui contracteraient avec les époux.

Dira-t-on que les époux divorceront dans le seul but de modifier la consistance de leurs patrimoines et de les soustraire ainsi à leurs créanciers, par exemple pour adopter le régime dotal afin de rendre les biens de la femme inaliénables? Une telle objection, que nous regrettons de voir figurer aux travaux préparatoires, ne nous paraît pas sérieuse : est-il admissible que les époux donnent à la Société le scandale d'un divorce, pour se réunir ensuite en se jouant de leurs créanciers (1)? Est-il admissible que le tribunal appelé à juger la demande en divorce se laisse prendre à un tel calcul, et ne déjoue pas ces projets odieux?

361. — D'ailleurs, le législateur évite-t-il la fraude? S'il l'a cru, il s'est trompé, car rien n'empêchera les époux, sans changer de régime, sans même toucher à leurs conventions matrimoniales, de nuire à leurs créanciers; les modifications de patrimoines, les transformations dans la nature des biens, les acquisitions de

(1) Notons que la modification dont nous parlons ne serait pas opposable aux créanciers antérieurs au nouveau mariage qui n'ont pas à se préoccuper de la dotalité des biens de la femme. — Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 538, n. 7 et 8, p. 606; — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, n° 1800; — Mongin, *Revue critique*, 1887; — Montpellier, 13 novembre 1878, D. 70, 2, 217.

valeurs au porteur faciles à dissimuler ne leur sont pas défendues.

362. — La vérité est qu'on s'est laissé guider par une trompeuse analogie.

Les époux séparés de corps ont le droit, en se réunissant, de faire cesser en même temps la séparation de biens qui en a été la conséquence. L'article 1451, § 2, leur impose alors, non seulement un acte notarié, mais une publicité à peu près conforme à celle qui a été nécessaire pour avertir les tiers de la séparation de corps (art. 1445) (1). On a voulu étendre cette disposition au divorce, mais on s'est gardé de remarquer que cette extension est inexplicable : le régime auquel les époux séparés de corps reviennent est censé n'avoir jamais été abandonné, — sauf les droits acquis aux tiers, — alors, qu'au contraire, le contrat de mariage accompagnant la célébration du mariage d'époux divorcés ne peut dater que de ce mariage. Aussi, l'article 1451, § 4, défend-il de modifier d'une manière quelconque les conventions primitives, et nous avons vu que la loi de 1884 n'a pas osé aller aussi loin pour le divorce.

363. — Il existe bien plus de difficultés encore pour déterminer la sanction de l'article 295.

Lorsque les époux séparés de corps modifient le régime primitivement convenu, le nouveau contrat est nul, et ils se trouvent n'avoir pas abandonné la séparation de biens, tout en ayant rompu la séparation de corps. Il en est ainsi encore, d'après la plupart

(1) On admet que la publicité ajoutée par l'art. 872 C. pr. n'est cependant pas nécessaire. Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 440, § 516, note 82; — Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, n° 135; — Colmet de Santerre, t. VI, n° 183 bis; — Laurent, t. XXII, n° 356.

des auteurs, s'ils ont reproduit leurs premières conventions, en y ajoutant une clause nouvelle (1); d'autres se contentent de la nullité de la clause (2). Dans tous les cas, si l'on est en désaccord sur ce dernier point, c'est qu'on hésite entre deux solutions rationnelles l'une à l'autre. La sanction de l'article 1451 est donc facile à déterminer.

Quelle sera celle de l'article 295?

364. — Plusieurs auteurs n'hésitent pas à déclarer la difficulté insoluble (3), et nous sommes presque tenté de les imiter.

Il est impossible tout d'abord d'appliquer la solution admise par la loi en matière de séparation de corps : il n'y a pas eu de régime succédant à celui que le divorce a dissous, on ne peut donc maintenir ce qui n'a jamais existé.

Supposons que les époux aient adopté un régime différent de celui qui les unissait primitivement ou lui aient fait subir de si profondes modifications que leur nouveau contrat de mariage a été annulé. A quelles règles seront-ils soumis?

365. — On peut soutenir qu'ils seront mariés sous leur régime primitif, puisque la loi n'en admet aucun autre; on peut invoquer, en outre, à l'appui de cette assertion, l'intérêt des tiers, que les rédacteurs de l'article 295 ont eu constamment en vue.

Ce n'est pas notre avis; la loi ordonne aux époux

(1) Laurent, XXII, n° 358; — Colmet de Santerre, t. VI, n° 423 bis; — Guillaud, III, n° 4234.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 414, § 516, note 84; — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. III, n° 2235.

(3) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 304; — Poulle, p. 230.

d'*adopter* leur premier régime; mais encore faut-il qu'ils l'adoptent de leur plein gré, et aucun texte ne l'établit en dehors de la convention; s'ils ne le font pas, on ne peut leur imposer ce régime, et nous nous trouverons replacés sous l'empire du droit commun : les époux se trouveront donc mariés sous le régime de la communauté légale, qui règle les conventions à défaut de stipulation; et, d'après l'opinion générale (1), en cas de nullité des stipulations (art. 1393).

Si l'article 295 avait dit : *les époux se trouveront mariés*, la solution devrait être différente; mais il n'a fait que leur imposer la rédaction d'un contrat de mariage semblable au premier.

§66. — La sanction sera exactement la même si aucun contrat de mariage n'est dressé.

§67. — On ne peut se dissimuler que cette doctrine est en opposition avec la volonté du législateur, mais en serait-il autrement de l'opinion contraire? Nous avouons que les époux se trouvent ainsi autorisés, en fait, à substituer à leur régime primitif, quel qu'il soit, la communauté légale. Mais, peut-on se plaindre de voir détruire une disposition injustifiable?

Il y aurait bien un remède; ce serait d'obliger l'officier de l'état civil à ne procéder à la célébration du mariage que sur la présentation d'un contrat adoptant les conventions primitives. Cette disposition — qui, d'ailleurs, aurait l'inconvénient de rendre l'officier juge du point de savoir si les modifications sont suffisantes au

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 502, n° 31, p. 246, et § 503, note 8, p. 249; — Civ., 26 juillet 1859, S. 59, 1, 849; — Caen, 8 mars 1878, S. 78, 2, 101; — Req., 18 juin 1879, D. 80, 1, 215. — *Contrà*, Bertauld, *Revue critique*, t. XXVI, 1865, p. 293.

sens de l'article 295, — n'existant pas dans la loi, il nous est interdit d'y suppléer.

568. — Le nouveau mariage ne peut être dissous par le divorce, à moins d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, encourue par l'un des époux, postérieurement à ce que la loi appelle la réunion, c'est-à-dire à la célébration du second mariage (art. 295, § 3).

569. — Cette disposition, dont le but est d'éviter que les époux ne considèrent le divorce comme un jeu, ne défend pas la séparation de corps : seulement, comme nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer (1), cette séparation ne peut être convertie en divorce.

570. — Il faut cependant prévoir le cas où, par erreur, le divorce, ayant été prononcé, immédiatement ou par voie de conversion, est devenu définitif par la transcription. Rien, selon nous, ne l'empêchera d'être valable ; car, si le jugement qui a prononcé le divorce a acquis force de chose jugée, et n'est pas susceptible d'être réformé, on est en face d'une décision définitive, ayant admis le divorce pour une cause où la loi ne l'autorisait pas. Dans cette hypothèse, il est certainement valable.

571. — Nous ne croyons même pas que l'officier de l'état civil ait, comme on l'a prétendu (2), le droit de surseoir à la transcription ou de la refuser. L'officier n'a qu'un devoir, c'est d'opérer la transcription qui lui est ordonnée ; aucun droit de contrôle ne saurait lui appartenir.

(1) Nos 20, note, et 38, note.

(2) Carpentier, *Traité du Divorce*, n° 318 ; — Poulle, p. 231.

§ 2. — CHANGEMENT DE DOMICILE.

372. — Aux termes de l'article 108, § 1, la femme mariée a le domicile de son mari ; à partir du jour du divorce, elle peut acquérir un domicile distinct.

Pour que, sur ce point, la conversion produisît un effet, il faudrait que l'application de l'article 108, § 1, n'eût pas déjà cessé par la séparation de corps.

373. — Nous croyons, avec la jurisprudence la plus récente (1) et la majorité des auteurs (2), que la communauté du domicile a déjà cessé par la séparation, et, qu'en conséquence, la conversion n'a pas d'effet à ce point de vue.

Malgré la généralité de l'article 108, sa disposition ne peut être attribuée qu'à l'obligation que l'article 214 impose à la femme d'habiter avec son mari ; une fois qu'elle a le droit de résider ailleurs que chez son mari, ne doit-elle pas pouvoir également acquérir un domicile distinct, dont la résidence n'est généralement que la manifestation ?

Aussi, cette solution, déjà admise par Pothier (3), se trouve-t-elle consacrée par le projet de loi sur la capacité de la femme séparée de corps, adopté par le Sénat le 28 janvier 1887.

(1) Dijon, 24 janvier 1872, D. 72, 2, 13 ; — Req., 19 août 1872, D. 73, 4, 479.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, § 143, p. 580, note 5, t. V, § 494, p. 498, note ; — Demolombe, *Domicile*, 338 ; — Laurent, II, 85.

(3) *Introduction générale aux Coutumes*, n^o 10.

§ 3. — NOM.

374. — De très vives discussions se sont élevées, dans ces dernières années, sur le point de savoir si la femme divorcée conserve le droit de porter le nom de son mari.

Les auteurs sont en désaccord, et la jurisprudence présente des décisions absolument opposées les unes aux autres. Deux jugements, rapportés en même temps par les recueils, ont décidé, l'un, que la femme divorcée perd le droit de porter le nom de son mari (1) ; l'autre (2), que le tribunal est absolument souverain, et peut, soit interdire à la femme de porter le nom de son mari, quand les faits relevés contre elle font craindre qu'elle n'y attache la déconsidération, soit le lui permettre, si elle a illustré ce nom par son travail ou son art (3).

On a prétendu, d'un autre côté, qu'aucun principe ne peut être mis en avant, attendu que, la loi étant muette, tout se réduit à une question d'usage (4). Cette opinion revient, en pratique, à la dernière de celle que nous venons d'énoncer : les tribunaux seront maîtres de dé-

(1) Trib. Lyon, 4 mars 1886, L. 86, 2, 119; *Recueil du divorce* 1887, p. 39; — V. aussi trib. Seine, 14 juin 1887 (*Journal de procéd.* 1887, art. 1323, p. 294); — Nîmes, 8 août 1887; *Gazette des trib.*, 18 déc. 1887; — *Recueil du divorce*, 1887, p. 239; — Conf. des avocats, 9 janvier 1888 (*Gazette des Trib.*, 10).

(2) Trib. Toulouse, 18 mai 1886, L. 86, 2, 119; *Recueil du div.* 87, p. 40; — Vraye et Gode, 2^e édit., n° 641; — Coulon, Faivre et Jacob, p. 329; — Poulle, *Du nom de la femme divorcée*, n° 19.

(3) V. aussi Alger, 29 décembre 1886, L. 87, 2, 148.

(4) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 330.

terminer cet usage, et par suite leurs décisions ne pourront jamais être cassées.

373. — Aucune de ces doctrines ne nous paraît exacte : nous croyons, quant à nous, que la femme n'a pas acquis par le mariage le nom de son mari, et que par suite la question agitée ne peut se poser.

Pour que la femme acquit le nom du mari, une disposition spéciale de nos lois serait, ce semble, nécessaire ; car le mariage, s'il entraîne entre les époux des droits et des devoirs, n'implique pas une telle confusion d'existence que tout doive être commun entre eux, même le nom. Leurs patrimoines restent distincts, en tout ou en partie, à moins d'une clause spéciale adoptant le régime de la communauté universelle ; leurs familles restent également séparées, malgré l'obligation alimentaire et les prohibitions de mariage qui, dans un but de moralité, existent entre un époux et les parents de l'autre ; nous ne voyons pas pourquoi, surtout en l'absence de texte, il en serait autrement du nom.

376. — En vain objecte-t-on, qu'il n'y a pas de texte non plus qui donne aux enfants le nom de leur père, et que, pourtant, aucun doute ne s'est jamais élevé sur ce point. Il y a, au moins, des textes, notamment les articles 57 et 347, qui le font à sous-entendre, et rien de pareil n'existe pour la femme. On conçoit, d'ailleurs, que les enfants acquièrent le nom de leur père, parce que la nécessité d'un nom est évidente ; la femme en a déjà un, il est inutile qu'elle le change contre un autre.

Aussi, l'histoire nous montre-t-elle que, depuis le Droit romain, la femme conserve son nom de famille ; aujourd'hui encore si, en pratique, elle signe du nom

de son mari, c'est de son véritable nom qu'elle est désignée dans tous les actes publics; l'usage veut seulement que, dans les relations sociales, elle prenne celui de son mari.

Il nous paraît donc certain que la femme ne change pas son nom contre celui de son mari; l'opinion contraire, que Pothier (1) a exprimée, et qui a été suivie par certains auteurs modernes (2), est inexacte (3).

Rien n'empêche d'ailleurs la femme, et c'est encore ce qui se fait en pratique, de faire suivre son nom, dans les actes, de la mention « *femme de* ».

377. — Quel est le résultat de cette théorie au point de vue qui nous occupe?

La femme séparée de corps pourra continuer à se qualifier de *femme de...*; car cette expression est rigoureusement exacte, le mariage durant encore. Elle peut aussi, ce qui a lieu généralement, s'intituler *femme séparée de...*; mais rien ne peut l'y obliger, car elle ne saurait être forcée d'indiquer dans les actes que les effets du mariage ne subsistent pas intégralement.

378. — Au contraire, après la conversion en divorce, la femme ne peut faire suivre son nom d'une telle qualification, puisque le mariage n'existe plus (4); mais, à notre avis, elle a le droit de se faire appeler *femme divorcée de*, de même qu'après le décès du mari,

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 401.

(2) Fuzier-Hermann, *La loi du 25 mars 1885*; — V. aussi Paris, 18 juillet 1887, S. 78, 2, 241.

(3) Carpentier, *op. cit.*, n° 329; — Poulle, p. 226; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 701; — V. aussi Brignet, sur Pothier, *loc. cit.*

(4) Laurent, t. III, n° 329; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 701; — Poulle, *loc. cit.*

elle a celui de se faire qualifier de *veuve de...*, ce qui équivaut à la *femme d'un tel défunt*.

Nous croyons donc que la solution doit être uniforme; la femme divorcée ne peut adopter un titre qui semblerait impliquer la continuation du mariage dissous, mais elle a le droit de se servir d'une qualification qui se réfère à ce mariage en rappelant sa dissolution.

§79. — Dira-t-on que, si le divorce est prononcé contre elle, elle déshonorerait le nom de son mari ajouté au sien (1)? C'est un malheur, sans doute, mais comment empêcher une femme de faire savoir au public qu'elle a été mariée à un tel, si elle ne l'induit pas en erreur en lui faisant croire que le mariage dure encore? La même objection pourrait, d'ailleurs, être faite à la veuve qui, elle aussi, peut déshonorer par ses débordements le nom de son mari. Et pourquoi n'obligerait-on pas, également, les assassins à changer de nom, sous prétexte que leur crime rejaillit sur leur famille? Tout le monde sait, au contraire, que le seul moyen, pour les membres de la famille, d'éviter l'éclat d'un tel déshonneur, c'est de demander eux-mêmes la faculté de changer de nom.

§80. — Nous maintiendrons cette solution même pour le cas, absolument opposé, où la femme — comme dans l'hypothèse tranchée par le jugement de Toulouse, — a couvert d'un éclat particulier le nom de son mari. On dit ici (2) qu'ayant donné au nom une valeur artistique, elle doit pouvoir le garder. Ce n'est pas une objection vraiment juridique : le nom de son mari

(1) Planiol, *loc. cit.*

(2) Planiol, *loc. cit.*

lui a été confié par l'usage durant le mariage; il n'y a là, en quelque sorte, qu'une concession temporaire qui cesse après la dissolution du mariage, quelque intérêt que la femme puisse avoir à le conserver. En lui accordant, d'ailleurs, le droit des'intituler *femme divorcée de...*, nous lui permettons, par là même, de faire constater au public son identité avec la personne désignée jusqu'alors sous le nom du mari.

381. — Quelque opinion que l'on adopte, nous ne croyons pas possible de souscrire à un jugement du tribunal civil de la Seine (1), qui refuse de défendre à la femme de porter le nom de son mari, sous prétexte que le tribunal ne peut, sans contrevenir à l'article 5, s'occuper d'un fait qui ne se produira peut-être jamais.

Cette décision est singulière. Un tribunal ne statue pas par voie de disposition réglementaire, en indiquant, sur les conclusions du demandeur, l'un des effets du divorce : il est naturel que l'époux, qui demande le divorce, veuille éviter les frais d'une instance nouvelle, en réclamant une solution immédiate de la question du nom.

382. — On voit que les principes permettent de résoudre très simplement cette question controversée. Aussi, le législateur de 1884 a-t-il refusé de la trancher par un texte : un membre de la Chambre (2) proposait d'autoriser les tribunaux à permettre à la femme divorcée de porter le nom de son mari; on lui répondit qu'elle le perdait par le fait même de la dissolution; il nous

(1) Trib. Seine, 14 juin 1887 ; — *Journ. Proc.* 1887, art. 1325, p. 294 ; — *Recueil du divorce*, 1887, p. 223. — *Contrà* : Trib. Lyon, 4 mars 1886, *précité* ; — Pouille, *Du nom de la femme divorcé*, n° 49.

(2) M. de la Rochefoucauld-Bisaccia, Séance du 15 juin 1884, *Off.* du 16, Débats parlementaires, Chambre.

paraît plus exact de dire qu'elle ne l'a jamais acquis, mais qu'on ne peut lui enlever le droit de rappeler avec qui elle a été mariée.

585.— On repoussera, pour le même motif, une proposition (1) qui privait la femme contre laquelle le divorce avait été prononcé, de porter le nom de son mari, ce qui aurait consacré la doctrine contraire, pour le cas où la femme aurait obtenu le divorce. Une distinction analogue existe en Prusse (2).

584. — Nous considérons aussi, non pas comme erronée, mais comme inutile, la disposition qu'ajoute à l'article 299 le projet de loi sur la séparation de corps voté par le Sénat, le 28 janvier 1887 (3). Par l'effet du divorce, « chacun des époux reprendra l'usage de son nom. »

Nous ne croyons pas que cette disposition, singulièrement rédigée, d'ailleurs, en ce qui concerne le mari, interdise à la femme de faire suivre son nom de la mention *femme divorcée de...* Elle est donc purement et simplement la consécration de notre théorie qui résultait déjà des principes.

583. — Le même projet admet, à notre avis, une disposition absolument antijuridique, relativement à la séparation de corps, en permettant, — par une disposition additionnelle à l'article 311, — au jugement de séparation ou à un jugement postérieur, d'interdire à la femme de porter le nom de son mari, et réci-

(1) De MM. Douville-Maillefeu et Lepère, séance du 17 juin, *Off.* du 18.

(2) V. Bressolles, *Recueil de l'Académie de Toulouse*, 1884-85.

(3) *Journal off.* du 29, Débats parlementaires, Sénat, p. 556; — *Journal de proc.* 1887, art. 1292, p. 159; — *Recueil du divorce*, 1887, p. 49.

proquement, au mari de porter le nom de sa femme, s'il l'a ajouté au sien dans une raison sociale.

Nous espérons que la Chambre refusera de voter une telle proposition : la séparation de corps ne doit être d'aucune influence sur le nom, puisqu'elle laisse subsister le mariage.

§ 4. — DES DROITS ET DES DEVOIRS QUI EXISTAIENT
ENTRE LES ÉPOUX.

386. — Le mariage entraîne entre les époux des droits et des devoirs réciproques qui sont énumérés dans les articles 212 et suivants du Code civil.

Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari (art. 213). Ce sont là des obligations dérivant du mariage qui a survécu à la séparation de corps; la conversion, en dissolvant le mariage, les fera disparaître.

387. — Il en est de même de l'autorisation maritale (art. 215 et suiv.). La séparation de corps, tout en diminuant son importance, par suite de la séparation de biens qu'elle entraîne (1), l'a laissé subsister en principe (2). La conversion y mettra fin.

(1) Notamment la femme peut aliéner son mobilier, soit sans aucune restriction (Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 516, note 56, p. 403; — Laurent, t. XXII, n^o 301; — Colmet de Santerre, t. VI, n^o 401 *bis*; — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. II, n^o 2190), soit au moins dans les limites de l'administration (Toulouse, 6 juin 1883, D. 85, 2, 75; — Guilleloup, *Contrat de mariage*, t. III, n^o 1193; — Labbé, *Revue critique*, 1887, p. 44).

(2) Nous devons dire toutefois que, d'après le projet récemment adopté par le Sénat, la femme qui a obtenu la séparation de corps reprend sa capacité civile. c'est-à-dire n'est plus aucunement soumise à l'autorisation maritale.

388. — Au contraire, l'obligation de résider avec le mari cesse pour la femme dès le jugement de séparation ; la première ordonnance du président a même pu lui assigner provisoirement une résidence distincte ; l'article 214 semble donc impliquer à tort, par la généralité de ses termes, que cette obligation dure autant que le mariage. Nous avons soutenu que la femme séparée de corps peut acquérir un domicile distinct de celui de son mari (1).

389. — La séparation de corps a-t-elle supprimé l'obligation réciproque de fidélité, secours et assistance, dont parle l'article 213 ?

Il n'y a pas de doute pour l'obligation de fidélité : l'adultère n'est pas plus autorisé qu'avant la séparation ; il entraîne, s'il est commis par la femme, la peine de la prison que l'article 337 du Code pénal a établie et que la loi de 1884 n'a pas abrogée (2). Il peut, en tous cas, entraîner le divorce par voie directe, ou sous forme de conversion ; par voie directe, si l'ancien défendeur, usant de la procédure que nous l'avons autorisé à adopter, prouve l'adultère de son conjoint ; sous forme de conversion, si le tribunal, saisi d'une demande de ce genre, est disposé à user de son pouvoir d'appréciation, en tenant compte des faits postérieurs à la séparation de corps.

390. — Quant à l'obligation de secours, c'est-à-dire

(1) V. n° 573.

(2) L'art. 298 ne contient plus, il est vrai, le droit d'emprisonner la femme en cas de divorce prononcé contre elle pour adultère ; mais on ne saurait conclure à l'abrogation de l'art. 337 du Code pénal, qui punit l'adultère en dehors de toute instance en séparation de corps ou en divorce.

de soins personnels en cas de maladie, nous croyons, contrairement à l'opinion générale (1), que la séparation de corps ne la fait pas disparaître : elle est mise par la loi sur la même ligne que celle de fidélité qui, nous venons de le voir, survit à la séparation.

D'un autre côté, il n'est pas matériellement impossible que l'époux fournisse des soins personnels à son conjoint malade ; l'humanité le conseille : c'est un argument puissant en faveur de notre opinion, car, les obligations qui dérivent du mariage, étant édictées par les articles 212 et suivants, doivent durer autant que le mariage lui-même, à moins que les textes ou les principes n'exigent le contraire (2). La conversion sera donc nécessaire pour faire disparaître cette obligation.

391. — Nous adoptons la même solution, quoique la question soit plus délicate, pour la troisième obligation prévue par l'article 212, celle d'assistance.

Elle est simplement pécuniaire, et consiste dans une pension alimentaire que l'épouse peut, en cas d'indigence, réclamer de son époux.

C'est une question très controversée que de savoir si ce texte conserve son application en cas de séparation de corps. Ce qui fait naître le doute, c'est que l'obligation alimentaire de l'article 301 relatif au divorce est toute différente de celle de l'article 212 : notamment, l'époux qui a obtenu le divorce a seul droit aux aliments. Appliquera-t-on l'article 212 ou l'article 301 à la séparation de corps ? La jurisprudence admet au-

(1) V. *suprà*, n° 198 et suiv.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 494, note 3, p. 198 ; — Demolombe, *Marriage*, t. II, n° 502.

jourd'hui, sans discussion, et la plupart des auteurs l'approuvent, que l'article 301 est commun au divorce et à la séparation de corps (1).

§92.— On invoque, en ce sens, les nombreux arguments dont nous nous sommes servi nous-mêmes (2) pour étendre à la séparation de corps l'article 299. On dit, notamment, que les effets de la séparation de corps, n'ayant pas été réglés par la loi, doivent être empruntés aux chapitres du divorce. On ajoute que le fondement de l'article 301 se présente comme un corollaire des articles 299 et 300, et s'occupe du sort de l'époux demandeur auquel son conjoint n'a fait aucune libéralité; que par conséquent, puisqu'on applique ces deux dispositions à la séparation de corps, on est forcé d'en faire autant de celle qui les suit.

§93. — Ces arguments ne nous paraissent pas fondés.

Il est vrai que les effets de la séparation de corps doivent se régler sur ceux du divorce, mais c'est à condition que la loi ne s'en soit pas occupée. Or, si elle est muette en ce qui concerne le sort des avantages que les époux se sont faits réciproquement, il en est tout autrement de l'obligation alimentaire.

En effet, l'article 212 doit, pour ses deux premiers chefs, s'appliquer, pendant toute la durée du mariage, même après la séparation de corps; il nous paraît

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 494, note 6. p. 199; — Marcadé, sur l'art. 311, n^o III; — Civ., 28 août 1864, S. 64, 1, 487; — Req., 7 avril 1873, S. 73, 41, 387, D. 74, 1, 343; — Douai, 29 juin 1883, S. 86, 2, 177; — Alger, 2 février 1886, S. 86, 2, 177; — Trib. Seine, 9 septembre 1886; *Pandectes françaises*, 87, 2, 141.

(2) *Suprà*, n^{os} 502 et suiv.

impossible qu'il en soit autrement du troisième chef; on s'exposerait, en décidant le contraire, à introduire dans cet article une distinction qui se justifierait d'autant moins qu'elle contredirait le sens qu'assigne à l'article 212 la place qu'il occupe. Cet article, figurant sous la rubrique *des droits et des devoirs des époux*, contient une disposition applicable tant qu'il y a des époux, c'est-à-dire tant que le mariage n'est pas dissous.

594. — Nous ne voyons pas, d'ailleurs, pourquoi l'obligation alimentaire changerait de nature, alors que celle de secours reste, d'après nous du moins, ce qu'elle était avant la séparation de corps. Il est certain que fournir des aliments doit répugner moins à des époux désunis que de se donner mutuellement des soins personnels.

A notre avis, la loi s'est montrée très sage en maintenant après la séparation de corps l'obligation d'assistance.

Une réconciliation est possible, on cherche même à la favoriser; ce ne serait évidemment pas un moyen de l'obtenir que de supprimer la pension alimentaire due à l'épouse coupable; on aigrirait encore des rapports déjà trop tendus et que la sagesse du législateur cherche à adoucir.

595. — Ce que nous venons de dire répond suffisamment à l'objection tirée du rapprochement des articles 299 et 300. L'article 301 se présente, nous n'en disconvenons pas, comme un corollaire de ceux qui le précèdent, mais en faut-il conclure qu'il s'applique partout où ceux-ci s'appliquent eux-mêmes? Pas le moins du monde, si une disposition contraire se trouve écrite

dans le Code, et nous avons montré que cette disposition existe.

§96. — Voici un dernier argument : dans quels cas les aliments seraient-ils dus, par application de l'article 212, si on rejetait cet article pour la séparation de corps ? Tant que les époux sont tenus de résider ensemble, il ne peut être question d'aliments, puisque les revenus doivent être mis en commun pour subvenir aux besoins du ménage.

Il est vrai que la plupart des auteurs permettent dans certaines hypothèses, — notamment celle où le mari n'offrirait pas à sa femme un logement convenable (1), — une séparation de fait, pendant laquelle une pension alimentaire pourrait être exigée par la femme ; mais ce procédé nous paraît absolument illégal : la femme doit obéissance à son mari (art. 213) ; elle ne peut résider ailleurs que chez lui (art. 314). Les tribunaux légitimeraient une infraction à la loi, en lui accordant une pension alimentaire, alors qu'elle ne demande pas la séparation de corps.

Tout nous conduit donc à appliquer à la séparation de corps l'article 212 (2).

§97. — La jurisprudence fait subir à la doctrine que nous venons de combattre un tempérament qui écarte certaines de nos critiques, mais qui en mérite d'autres.

Tout en appliquant l'article 301 à la séparation de

(1) V. Req., 2 janvier 1877, D. 77, 1, 163 ; — Req., 21 mars 1882, D. 82, 1, 362 ; — Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 133, § 470, notes 8 à 12 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 110.

(2) *Sic* : Laurent, t. III, n° 348 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 50. — V. Poulle. *Recueil du divorce*, 1887, p. 130, nos 4 et 4 bis.

corps, elle ne fait pas complètement disparaître l'article 212 (1). Le principal intérêt de la discussion qui précède disparaît donc. L'époux défendeur aussi bien que le demandeur a droit à une pension alimentaire.

Nous nous abstiendrons de combattre cette distinction, quoiqu'elle soit approuvée par des auteurs considérables (2); il est inutile que nous fassions remarquer qu'on ne peut admettre concurremment deux textes, l'un qui permet aux deux époux de demander une pension alimentaire, l'autre qui n'accorde ce droit qu'à un seul. Il est clair que si l'article 301 règle les aliments au cas de divorce, c'est qu'il n'est plus dû d'aliments en vertu de l'article 212; on ne peut donc appliquer l'article 301 à la séparation de corps sans reconnaître en même temps que l'article 212 doit être restreint à la période qui la précède.

598. — Mais quels sont, dira-t-on, les intérêts de cette distinction de la jurisprudence, puisqu'au fond elle aboutit à accorder, comme nous le faisons nous-même, une pension à l'un ou à l'autre des époux ?

Il en existe plusieurs, du moins aux yeux de la jurisprudence.

D'abord, elle admet que les torts de l'épouse coupable peuvent être pris en considération pour fixer le chiffre de la pension qui lui est accordée (3), solution

(1) Civ., 2 avril 1861, S. 61, 4, 440; — Rouen, 30 juillet 1862, L. 63, 2, 63; — Paris, 4 décembre 1875, D. 76, 2, 409; — Civ., 3 avril 1888, D. 8, 4, 335.

(2) V. Aubry et Rau, *Code civ.* — V. aussi Massigli, *Revue critique*, 1885, p. 214; — Frémont, n° 957.

(3) Paris, 4 décembre 1875, *précité*.

absolument illogique, et en désaccord soit avec l'article 214, soit avec la nature même de la pension alimentaire ; les aliments doivent permettre de vivre, et on ne peut, tout en reconnaissant qu'ils sont dus, tolérer qu'ils soient insuffisants pour subvenir à une existence.

Quant à la pension que l'article 301 permet à l'époux innocent de demander, la Cour de cassation y trouve deux différences avec celle de l'article 212. Elle survit au décès du débiteur ; en cas de conversion, aucun règlement n'est nécessaire. Nous verrons, dans un instant, si ces différences existent réellement.

399. — Quoi qu'il en soit, il est certain que les aliments ne sont plus dus, — après le jugement de conversion, comme après un divorce ordinaire (1), — qu'à l'époux qui a obtenu le divorce (2), c'est-à-dire, d'après notre théorie, à l'ancien demandeur en séparation. Si c'est l'ancien défendeur qui a obtenu le divorce, par voie principale, c'est lui qui bénéficiera de la disposition de l'article 301.

Il en sera autrement, s'il n'a demandé que la conversion, puisque le divorce ainsi obtenu ne produit jamais, d'après nous (3), ses effets qu'au profit de l'ancien demandeur (4).

Cette pension alimentaire a les caractères de toutes

(1) Nîmes, 19 mai 1886 ; *France judiciaire*, 87, 2, 106 ; — Civ., 24 novembre 1886 ; *France jud.* 87, 2, 91, D. 87, 1, 335 ; *Journal proc.* 87, art. 1237, p. 543 ; *Pandectes françaises*, 87, 1, 85 ; *Recueil du divorce*, 1887, p. 135.

(2) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 423 ; — Botton et Lebon, p. 167 ; — Poulle, p. 259 ; — Bruxelles, 25 juin 1883 ; *Pasicrisie*, 83, 2, 338 ; — Douai, 29 juin 1885, S. 86, 2, 177.

(3) *Suprà*, n° 203 et suiv.

(4) Lyon, 8 janv. 1885 ; *Loi* du 16 ; — Douai, 29 juin 1885, S. 86, 2, 77 ; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 221 ; — Carpentier, n° 423. Le

les pensions du même genre, et, par suite, nous n'avons pas à y insister : elle est due cependant par l'époux coupable, même si l'époux demandeur a des parents possédant une fortune suffisante pour lui venir en aide. En admettant, en effet, comme on le prétend souvent, qu'il faille, pour régler les débiteurs des aliments dus en vertu des articles 205 et suivants, suivre l'ordre de la dévolution héréditaire (1), il convient de faire une exception pour la pension due entre époux ou anciens époux. La pension de l'article 212 dérivait de l'union intime du mariage et de la communauté d'existence qui en était la suite, et devait, en conséquence, être considérée comme le premier des devoirs. Quant à l'article 301, on peut y voir, jusqu'à un certain point, l'application, au profit de l'époux innocent, de la même idée. C'est toujours une punition dirigée contre l'époux coupable; or, ce serait pour celui-ci un moyen trop commode de se soustraire à la peine, qui doit lui rester personnelle, que de se décharger sur les parents de son ex-conjoint (2).

600. — Comme toutes les autres pensions, celle de l'article 301 ne doit pas excéder ce qui est néces-

fameux arrêt du 24 novembre 1886, qui vient d'être cité, n'accorde à l'art. 301 aucune application, si la conversion est prononcée au profit des deux époux. Une telle hypothèse étant irréalisable dans notre théorie, nous n'avons pas à réfuter cette solution, qui est d'ailleurs très exacte dans l'opinion générale.

(1) Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, § 553, note 11 et suiv., p. 102; — Marcadé, sur les art. 204 à 207, n° III; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 32. — *Contrà* : Laurent, t. III, n° 63.

(2) Laurent, t. III, n° 309; — Poulle, p. 155, et *Recueil du divorce* 1887, p. 133, n° 12; — Carpentier, n° 365; — Aubry et Rau, t. V, § 470, note 13, p. 114, et t. VI, § 553, note 12, p. 202; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 34; — Rouen, 3 mai 1857, S. 58, 2, 377.

saire aux besoins de l'époux qui y a droit. On a trouvé un singulier argument pour défendre l'opinion contraire : il s'agit ici, dit-on, d'une obligation civile, alors que les articles 203 et suivants règlent une obligation naturelle. Cette obligation civile est basée sur l'idée que, si le mariage avait persisté, l'époux innocent aurait joui des revenus de l'époux coupable, et qu'il doit profiter des avantages que lui offrirait le maintien de ce mariage, dissous sans sa faute (1).

601. — Dans quel sens peut-on dire que les articles 203 et suivants sont fondés sur une obligation naturelle ? Si l'on entend, par là, une obligation conforme à la nature, nous y souscrivons, tout en ne comprenant pas pourquoi elle serait moins étendue qu'une obligation purement civile. Si l'on veut dire que la loi ne l'a pas érigée en obligation civile, on commet une grave erreur, car sa mention seule dans le Code civil la met au rang des obligations sanctionnées par la loi. Aussi ne voyons-nous aucune raison de distinguer.

Le propre d'une obligation alimentaire étant d'être limitée aux besoins, l'article 301 ne pourra s'appliquer si le demandeur se suffit par sa fortune ou son travail.

Les besoins ne seront même pas toujours atteints, car l'article 301 défend aux tribunaux de dépasser le tiers des revenus du débiteur. Des auteurs, dont quelques-uns exagèrent, dans les circonstances ordinaires, le respect dû à la lettre de la loi, ont cru possible de ne pas observer cette disposition (2), mais

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 364.

(2) Laurent, t. III, n° 309 ; — Frémont, p. 476.

elle est trop formelle pour qu'il soit permis aux tribunaux de ne pas s'y conformer. N'oublions pas, en outre, qu'il s'agit d'une peine infligée à l'époux défendeur, et qu'une peine ne peut être étendue au delà des limites où la loi l'édicte (1).

A ce dernier point de vue, il y a intérêt à assigner, comme nous l'avons fait, un fondement différent à l'obligation alimentaire, suivant qu'elle est due en cas de séparation ou de divorce : l'article 301 ne s'appliquant pas à la première de ces deux situations, la pension pourra dépasser le tiers des revenus du débiteur, quel qu'il soit.

602. — C'est encore à cause de ce caractère de la pension alimentaire que l'article 301 la rend révocable, au cas où elle cesserait d'être nécessaire ; ajoutons qu'elle peut être, suivant le changement dans les besoins du créancier ou dans la fortune du débiteur, modifiée par les tribunaux (2), dont nous avons déterminé ailleurs la compétence.

Il ne sera pas nécessaire, pour qu'une décision de ce genre soit possible, que le jugement prononçant le divorce ou la conversion ait statué sur les aliments. On a pourtant prétendu que, si une demande spéciale n'a pas été portée devant le juge qui a prononcé la dissolution du lien matrimonial (3), l'époux qui

(1) Poulle, p. 255, et *Recueil du divorce*, 1887, p. 932, n° 9 ; — Carpentier, n° 368.

(2) Laurent, t. III, n° 10 ; — Poulle, p. 256, et *Recueil du divorce*, 1887, p. 432, n° 8 ; — Carpentier, n° 370 ; — Bruxelles, 25 juin 1883 ; *Pasicrisie*, 83, 2, 338 ; — Aix, 10 avril 1874, D. 72, 2, 48 ; — Req., 19 mars 1883, D. 84, 4, 16 ; — Seine, 18 janvier 1888 ; *Droit* du 4 février. — V. *suprà*, nos 284 et suiv.

(3) Il nous paraît certain que le tribunal ne peut statuer d'office sur

aurait eu le droit de réclamer les aliments se trouve absolument déchu, quels que soient les événements ultérieurs (1).

603. — Cette solution repose sur une équivoque : l'article 301, dit-on, prolonge au profit du demandeur le mariage dissous; cette prolongation n'est plus possible, si l'on n'a pas eu soin de l'édicter au moment même de la dissolution.

Nous avons montré, au contraire, que la pension à laquelle donne droit l'article 301 est basée, à la fois, sur une indemnité et une peine. Il est possible que le demandeur ne se trouve que plus tard dans une situation qui l'oblige à demander des aliments; peut-être aussi, a-t-il cru tout d'abord pouvoir vivre avec ses propres ressources, et s'est-il aperçu, ensuite, qu'il n'en était rien; peut-être enfin le juge n'a-t-il pas eu, au moment de la prononciation du divorce, les éléments nécessaires pour déterminer la nécessité ou le montant de la pension (2).

604. — Mais nous n'irons pas plus loin, et nous ne permettrons pas au demandeur qui a obtenu la conversion de réclamer une pension en dehors d'une décision judiciaire concomitante ou postérieure à la conversion. En d'autres termes, notre opinion est que le demandeur en conversion n'a pas droit à une pension qui ne lui est pas formellement accordée.

les aliments; la disposition contraire de l'art. 240, étant dérogatoire au droit commun, doit être limitée à la durée de l'instance.

(1) Poulle, p. 256, et *Recueil du divorce*, 1887, p. 147, n° 41.

(2) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 363; — Trib. Bruxelles, 5 août 1875; *Belgique judiciaire*, 1875, p. 1110; — Gand, 7 juin 1877; *Pasicrisie*, 77, 2, 879.

Cette solution est gravement controversée.

On admet que la transcription du jugement de conversion sur les registres de l'état civil fait disparaître tout droit à la pension de la part du défendeur en séparation (1), — puisque ce droit reposait sur l'article 212, lequel ne survit pas au mariage, — mais on décide ordinairement le contraire en ce qui concerne le demandeur (2).

603. — Cette opinion, généralement suivie, n'est que la conséquence du système adopté par la jurisprudence sur l'application de l'article 301 à la séparation de corps : c'est, d'après ce système, en se fondant sur l'article 301 que le demandeur en séparation a obtenu une pension; ce même article continuant à régir les rapports des époux après la conversion, la pension allouée continue à subsister jusqu'à ce qu'une modification ait lieu.

606. — Nous n'avons plus à réfuter une telle opinion : nous avons montré que l'article 301 n'est applicable qu'après la dissolution du mariage ; c'est donc uniquement en vertu de l'article 212 qu'une pension a pu être allouée ; cet article perdant tout son effet par le divorce, une décision nouvelle est nécessaire pour

(1) Trib. Seine, 2 janvier 1885, S. 85, 2, 46; — Cass., 24 novembre 1886, *précité*; — Trib. Seine, 14 mai 1887; *Journ. proc.* 1887, art. 1137, p. 268; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 221; — Poulle, p. 260, et *Recueil du divorce*, 1887, p. 139, n° 26.

(2) Douai, 29 juin 1885, et Alger, 2 février 1886, *précités*; — Trib. Seine, 31 décembre 1886; *Journ. de procédure*, 1887, art. 1243, p. 27; *Pandectes françaises*, 87, 2, 175; — Paris, 15 mars 1887; *France jud.*; — Alger, 2 février 1886, S. 85, 2, 177; — Poulle, p. 259, et *Recueil du divorce*, 1887, p. 139, n° 250; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 332; — Botton et Lebon, p. 167; — Vraye et Gode, sur l'article 310, n° 32.

allouer la pension qui devra être liquidée sur de nouvelles bases (1).

607. — Une dernière question nous reste à résoudre, c'est celle de l'extinction de l'obligation alimentaire. Elle cesse, nous l'avons dit, lorsque les besoins n'existent plus, mais pour se reproduire quand ils renaissent. Elle s'éteint définitivement, cela est certain, si le créancier meurt : ses héritiers ne peuvent y avoir droit, car il n'y aurait pas de raison pour ne pas la perpétuer indéfiniment (2). Mais c'est une question très discutée que celle de savoir si elle survit au décès du débiteur, et si ses héritiers en sont tenus.

La jurisprudence admet l'affirmative (3), qui est combattue par la doctrine (4).

608. — Il faut, tout d'abord, pour que la question puisse se poser, admettre que l'obligation alimentaire en général, celle qui est réglée par les articles 205 et suivants, s'éteint par le décès du débiteur. Cette opinion, d'ailleurs fort combattue dans la doctrine (5), que nous n'avons pas le loisir de discuter, est admise par la

(1) Massigli, *Revue critique*, p. 221; — Pildelièvre, *Revue Algérienne*, 1886, p. 164; — Comp. Trib. Seine, 18 janvier 1884; *Droit* du 4 février.

(2) Carpentier, n° 372; — Poulle, *Recueil du divorce*, 1887, p. 433, n° 11.

(3) Grenoble, 11 juillet 1863, D. 65, 2, 6; — Civ., 2 août 1864, D. 64, 4, 97; — Trib. Seine, 4 janvier 1885, D. 86, 3, 94; — Douai, 29 juin 1886, S. 86, 2, 477; — Alger, 4 février 1886, S. 86, 2, 477.

(4) Poulle, p. 256, et *Recueil du divorce*, 1887, n° 433, p. 41; — Carpentier, 372; — Laurent, t. III, n° 344.

(5) Voy. *Contrà*, mais en sens divers, Aubry et Rau, t. VI, § 533, note 10, p. 100; — Duranton, *Cours de droit civil*, t. II, n° 407, — Nancy, 15 novembre 1875, S. 25, 2, 363; — Marcadé, sur l'art. 207, n° VI.

jurisprudence (1), qui l'étend même à la dette alimentaire de l'article 212 (2); les auteurs les plus récents l'ont suivie (3).

609. — La jurisprudence, pour expliquer la dérogation qu'elle fait subir à son propre système, invoque comme unique argument l'idée qu'il s'agit bien moins, dans l'article 301, d'aliments que d'indemnité; or, dit-elle, toute dette se transmet passivement aux héritiers.

610. — Ce n'est là, à notre avis, qu'une question de mots. Peu importe sur quoi se fonde l'obligation de l'article 301, puisque cette obligation se résout en aliments, et que les aliments sont personnels, d'après la jurisprudence, au débiteur aussi bien qu'au créancier.

Sur quoi repose d'ailleurs cette idée d'indemnité, en la supposant exacte? Sur ce que le créancier ne doit pas être privé des revenus que lui aurait procurés la continuation du mariage. Il ne faut donc lui donner droit à ces revenus que jusqu'au moment où le mariage aurait duré s'il avait suivi son cours normal, c'est-à-dire jusqu'à la mort de l'un ou de l'autre des époux.

611. — Il est vrai que la charge des dettes se transmet aux héritiers du débiteur; mais si l'on appliquait ce principe d'une manière générale, on l'étendrait à tous les aliments qui constituent bien des dettes. Et ne pourra-t-on pas dire aussi que, les créances pouvant être réclamées par les héritiers, les aliments se transmettront activement aux successeurs du créancier? La

(1) Civ., 8 juillet 1884, S. 57, 1, 809; — Montpellier, 30 mai 1886, S. 66, 2, 364; — Besançon, 8 juillet 1879, D. 80, 2, 142.

(2) Req., 7 avril 1873, S. 73, 1, 387; D. 74, 1, 343.

(3) Demolombe, *Mariage*, t. II, nos 40 et suiv.; — Laurent, t. III, n° 48.

vérité est que, si l'on reconnaît que la transmission de l'obligation aux dettes subit une exception en matière d'aliments, par suite du caractère personnel de cette créance, aucune distinction n'est possible entre les divers aliments.

612. — Nous n'avons rien dit du cas où la séparation de corps a été prononcée contre les deux époux. La conversion aura, pour effet, de supprimer définitivement tout droit à la pension : l'article 301 ne s'applique qu'au profit de l'époux qui a obtenu la séparation de corps contre son conjoint. Cette solution ne fait aucun doute en jurisprudence (1).

SECTION V

Effets de la conversion quant aux relations de famille.

615. — Le mariage a fait naître, entre chaque époux et les parents de l'autre, une affinité qu'on désigne généralement sous le nom d'alliance et qui ne cesse évidemment pas par la séparation de corps, puisque le mariage qui l'a fait naître continue à subsister. Deux dispositions législatives s'y rattachent : d'abord, une obligation réciproque aux aliments (articles 206 et 207), limitée à la ligne directe; ensuite l'impossibilité pour chaque époux d'épouser, après la mort de son conjoint,

(1) Trib. Seine, 3 janvier 1885, S. 85, 2, 45; *Recueil du divorce*, 1887, p. 137; — Civ., 24 novembre 1886, *précité*; — Orléans, 30 mars 1887; *Recueil du divorce*, 1887, p. 152; — Poulle, *Recueil du divorce*, 1887, p. 135, n° 44; — Bimbenet, *Recueil du divorce*, 1887, p. 154.

les parents de celui-ci au degré indiqué par les articles 161 à 163 du Code civil.

614. — Nous croyons que cette dernière prohibition existe également en cas de divorce ou de conversion; les articles 161 à 163 ne font, en effet, aucune distinction, et les motifs de moralité et d'ordre public sur lesquels ils sont fondés trouvent ici leur application.

Nous verrons bientôt si le divorce fait disparaître l'alliance; mais cette question n'est ici d'aucun intérêt, puisque les articles 161 à 163 sont basés sur une idée toute spéciale (1).

615. — La solution contraire doit être adoptée pour l'obligation alimentaire.

Il nous paraît certain que l'alliance disparaît avec la dissolution du mariage (2) : elle est un effet même du mariage, et l'effet ne saurait survivre à la cause; l'alliance n'est pas une parenté, un lien du sang; elle est purement civile.

Aussi l'article 206 parle-t-il de *beau-père* et *belle-mère*, et cette qualité n'existe plus après la dissolution du mariage.

Le divorce supprime donc, à notre avis et malgré quelques autorités contraires (3), l'obligation alimentaire dérivant de l'alliance (4).

616. — Nous admettons bien moins encore une opi-

(1) Laurent, t. III, n° 288; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 333; — Poulle, p. 237.

(2) Trib. Laon, 18 juillet 1887; *Journal de proc.*, 1887, art. 4392, p. 488.

(3) Baudry-Lacantinerie, *Du divorce*, p. 64.

(4) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 336; — Poulle, p. 238; — Vraye et Gode, 2^e édit., t. II, n° 613.

nion mixte, récemment émise (1), d'après laquelle cette obligation alimentaire ne disparaîtrait, en cas de divorce, que s'il n'y a pas d'enfants issus du mariage.

C'est, nous en convenons, le seul cas d'extinction admis par l'article 206, lorsque l'alliance est détruite par la mort de l'époux qui la produisait. Mais, l'hypothèse du divorce n'étant pas réglée par cet article, il faut trancher la question, comme nous l'avons fait, d'après les principes.

SECTION VI

Effets de la conversion quant aux enfants.

617. — Le père et la mère ont un certain nombre de droits sur la personne de leurs enfants. Mais le père seul les exerce durant le mariage (art. 373). C'est lui seul qui, par conséquent, jouit des droits d'éducation, de garde, de correction et d'usufruit légal.

618. — La séparation de corps a-t-elle quelque influence sur cette situation?

On est d'accord pour décider que le père conserve le droit d'usufruit légal, même quand la séparation de corps a été prononcée contre lui : l'article 386 le frappe d'une déchéance lorsqu'il est défendeur en divorce; mais nous avons déjà montré que cette déchéance est fondée sur un motif spécial, qui la rend inapplicable au cas de séparation de corps (2). La conversion a donc un effet important : l'ancien demandeur

(1) Nîmes, 15 décembre 1887; *Loi* du 22.

(2) V. n° 499.

en séparation, ou, dans l'opinion commune⁽¹⁾, l'époux quelqu'il soit, au profit duquel la conversion sera prononcée, conservera seul l'usufruit légal. Il faut appliquer à l'administration des biens ce que nous disons de l'usufruit : ces deux prérogatives de la puissance paternelle nous paraissent, en effet, intimement liées, puisque toutes deux sont relatives aux biens des enfants. L'administration passera donc à l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé, même si le tribunal confie la garde à l'autre époux ou à un tiers. Ce serait occasionner des conflits perpétuels que d'obliger l'époux administrateur à se dessaisir des revenus au profit de son conjoint.

La correction est le droit d'infliger des punitions domestiques aux enfants, et de les faire enfermer, lorsqu'on peut avoir à se plaindre de leur conduite, dans une maison de détention.

619. — L'éducation consiste dans le droit de diriger la conduite des enfants, de régler leur mode d'instruction. La garde est le droit de retenir l'enfant à la maison jusqu'à sa majorité, de l'empêcher de contracter avant l'âge de vingt ans un engagement volontaire (art. 374).

620. — En ce qui concerne l'éducation, la garde et la correction, elles ont, entre elles, un lien tellement étroit qu'on ne peut concevoir une solution différente pour chacune d'elles.

621. — D'un autre côté, on conçoit que la décision que nous avons admise au sujet de l'usufruit légal

(1) Coulon et Faivre, p. 370. — *Contrà* : Paris 15 décembre 1886 ; — *Recueil du divorce*, 1887, p. 76.

n'entraîne pas une décision analogue sur cette question : l'usufruit légal est un droit purement pécuniaire, l'éducation un droit purement moral. L'usufruit légal est établi dans l'intérêt du père, et comme compensation des charges que lui impose l'éducation, laquelle est édictée dans l'intérêt de l'enfant.

622. — Mais, si cet argument nous fait défaut pour prétendre que la séparation n'est d'aucun effet sur l'éducation, la garde et la correction, s'ensuit-il qu'il faille admettre la solution inverse?

Cette question n'en est plus une pour la jurisprudence. Un nombre considérable d'arrêts est venu, depuis la promulgation du Code civil, affirmer que la séparation de corps apporte aux divers droits composant la puissance paternelle des modifications profondes (1), et cette opinion est suivie par la majorité des auteurs (2).

Nous n'essayerons pas de réagir contre une doctrine aujourd'hui solidement établie, et qui, d'ailleurs, se recommande par des considérations morales de la plus haute importance : il y aurait, en effet, quelque chose de choquant à maintenir l'exercice de la puissance paternelle au profit d'un père dénaturé qui peut donner à ses enfants l'exemple de tous les vices et les élever dans la débauche.

623. — Remarquons, toutefois, qu'au point de vue juridique cette doctrine se justifie difficilement (3). L'ar-

(1) V. notamment Req., 30 mars 1859, S. 59, 1, 661 ; — Req., 29 avril 1862, S. 62, 1, 945 ; — Paris, 7 juillet 1882, D. 83, 2, 145.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 494, note 13, p. 201 ; — Demolombe, *Mariage*, t. II, n^o 514 ; — Marcadé, sur l'art. 311, n^o III.

(3) Laurent, t. III, n^o 350 ; — t. IV, n^o 291. — Cpr. F.-A.-Hélie, *note sous Paris*, D. 83, 2, 145.

ticle 373 a soin de spécifier que le père seul exerce la puissance paternelle *durant le mariage*, et il est incontestable que la séparation de corps ne met pas fin au mariage.

624. — En vain, objecte-t-on que l'article 302 donne au juge un pouvoir discrétionnaire pour la garde des enfants au cas de divorce, et que cette disposition doit s'appliquer à la séparation de corps.

D'abord, nous verrons que l'article 302 ne limite pas autant les droits du père que paraît le croire la Cour de cassation; en outre, nous soutenons, comme nous l'avons déjà fait pour la question des aliments (1), que cette disposition ne s'applique pas à la séparation de corps, puisque l'article 273 donne au père l'exercice de la puissance paternelle tant que dure le mariage.

625. — Au reste, on n'est pas d'accord sur la portée de cette application de l'article 302. Si la jurisprudence paraît accorder toute liberté au tribunal, certains auteurs (2) admettent quelques restrictions : pour eux, le tribunal ne pourra pas enlever l'exercice de la puissance paternelle au père au profit duquel la séparation est prononcée ; il ne pourra pas non plus confier la garde des enfants à un étranger ; il pourra maintenir dans la garde le père tout en prononçant la séparation contre lui, sans même que le Ministère public ou la famille le demande ; toutes solutions qui sont contraires à l'article 302, et qui, par suite, ne peuvent, à notre avis, se soutenir, même dans l'opinion de la jurisprudence.

(1) V. nos 591 et suiv.

(2) V. Aubry et Rau, *loc. cit.*

626. — Ajoutons que l'article 302 n'est pas suffisant pour étayer la doctrine que nous mentionnons. En admettant même qu'il doive s'étendre à la séparation de corps, tout danger d'abus n'est pas évité de la part du père; l'article 302 fournira un remède suffisant au cas de séparation de corps; mais comment protégera-t-on les enfants dans le cas très fréquent où, sans demander la séparation de corps, la femme vit séparée de son mari? Ici encore, la jurisprudence s'arroge le droit de confier la garde à la mère, mais sans pouvoir s'appuyer sur l'article 302 (1).

Le législateur a senti combien cette doctrine, pourtant si morale, est peu fondée, et un projet de loi a été déposé assez récemment (2) pour fixer dans quelles limites les tribunaux pourront porter atteinte à la puissance paternelle.

627. — Quoi qu'il en soit, l'article 302 a soin d'indiquer les droits des tribunaux au cas de divorce et, par suite, au cas de conversion.

Le tribunal ne pourra statuer d'office; une demande sera nécessaire de la part du Ministère public ou de la famille (3). Nous croyons que le père ou la mère pourront aussi présenter cette demande : leur droit, que la loi a oublié de mentionner, résulte, par un argument *à fortiori*, de celui qui est accordé à des personnes moins intéressées qu'eux.

Sur la demande de l'une ou de l'autre de ces per-

(1) V. Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, § 550, note 8, p. 78.

(2) V. Bourcart, *France judiciaire*, 1883, 1^{re} partie.

(3) Il nous paraît certain qu'un membre unique de la famille a qualité pour agir; on a omis de faire subir à l'art. 302 une modification analogue à celle de l'art. 240.

sonnes, le tribunal pourra ordonner que tous ou quelques-uns des enfants seront confiés, soit à celui des époux qu'il désignera, soit à un tiers.

Si cette demande est rejetée, ou si elle n'est pas faite, les enfants seront confiés de plein droit à l'époux au profit duquel le divorce est prononcé (1), c'est-à-dire, selon nous, à l'ancien demandeur en séparation. (N° 203 et suiv.)

Il est certain d'ailleurs, comme nous l'avons fait remarquer déjà à propos de la question des aliments (2), que, si le jugement prononçant la conversion a omis de statuer sur ce point, un jugement postérieur pourra le faire; mais nous ne permettrons alors d'intenter l'action, — et cette remarque s'applique aux jugements modifiant la première décision, — qu'aux deux époux. Ni la famille (3), ni le Ministère public ne nous paraissent avoir le droit d'agir; c'est par une exception, sans doute fondée sur l'intérêt des enfants, que l'article 302 leur permet d'adresser une demande sur un objet qui ne les intéresse pas pécuniairement; cette exception disparaît après la fin de l'instance en divorce.

628. — Des jugements postérieurs pourront également modifier la décision relative à la garde (4); si l'article 302 ne le dit pas, il n'en est pas moins certain qu'une telle mesure, n'étant édictée que *pour le plus grand avantage des enfants*, doit subir tous les chan-

(1) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 377; — Paris, 15 décembre 1886; *Recueil du divorce*, 1887, p. 76.

(2) N°s 602 et 603.

(3) Carpentier, *Traité du divorce*, n° 381; — Cass., 18 mars 1868, S. 68, 4, 208.

(4) *Contrà*, Riom, 17 juillet 1886, D. 87, 2, 211.

gements que réclame l'intérêt de ceux-ci (1); nous avons indiqué ailleurs quel sera le tribunal compétent à cet effet (2).

629. — Les raisons qui sont invoquées pour entraîner une modification peuvent être de diverses natures : l'inconduite de l'époux auquel la garde a été confiée, le repentir de celui auquel elle a été refusée, le degré d'affection que l'enfant portera à chacun de ses auteurs pourront être pris en considération par le tribunal qui, d'ailleurs, est maître absolu de sa décision, sauf le droit d'appel. Le second mariage de l'époux auquel la garde a été confiée (3), même s'il l'a contracté avec son complice (4), n'est pas, par lui-même, un motif suffisant pour enlever la garde des enfants.

630. — La mort de l'époux ou du tiers auquel la garde a été confiée anéantira évidemment la décision, puisque son exécution sera désormais impossible. Mais nous croyons, avec le seul arrêt qui ait statué sur la question (5), qu'il en est autrement de la mort d'un époux, si la garde a été confiée à un tiers : l'époux survivant ne peut, sous le seul prétexte que le conflit avec son conjoint n'est plus possible, obtenir qu'on lui confie la garde des enfants : une décision judiciaire, même provisoire, ne peut être modifiée que par une décision

(1) Bruxelles, 9 mars 1874; *Pasicrisis*, 74, 2, 200; — Orléans, 18 janvier 1885, S. 85, 2, 45, D. 86, 1, 83; — Troyes, 30 décembre 1885, S. 86, 2, 182, sous Paris; — Cass., 1^{er} août 1883, S. 84, 1, 116; — Cass., 25 août 1884, S. 87, 1, 424, D. 85, 1, 29; — Riom, 17 juillet 1886, D. 87, 2, 211.

(2) N^o 284 et suiv.

(3) Trib. Seine, 6 juin 1887; *France judiciaire*, 87, 2, 329.

(4) Paris, 26 juillet 1887; *Journ. proc.* 1887, art. 1366, p. 403.

(5) Paris, 7 juillet 1882, S. 83, 2, 219, D. 83, 2, 145; — Massigli, *Revue critique*, 1884, p. 246; — F.-A.-Hélie, D. 83, 2, 145.

judiciaire postérieure, ou détruite que par une impossibilité matérielle d'exécution.

631. — Une des plus graves questions de la matière est celle de savoir si l'époux privé de la garde perd en même temps la puissance paternelle, ou si, au contraire, il ne perd que son exercice, en tant que celui-ci est incompatible avec la décision du tribunal. L'article 303, en accordant aux auteurs privés de la garde un droit de surveillance, — dont les tribunaux ne peuvent pas, par conséquent, les priver, et qu'ils ont seulement le droit de régler (1), — veut-il dire qu'à leur égard la puissance paternelle est maintenue ?

632. — La seule opinion qui, à notre avis, respecte le texte et l'esprit de la loi, est celle qui maintient au profit des deux anciens époux la puissance paternelle (2). Nous proposerons toutefois un tempérament à cette doctrine, en décidant que les tribunaux régleront, comme ils l'entendront, l'exercice de cette puissance.

633. — A notre avis, aucun des époux ne perd la puissance paternelle : il est certain, en effet, que cette puissance ne peut s'éteindre par le divorce, car l'article 372 la fait durer jusqu'à la majorité de l'enfant, et les motifs de protection et de faiblesse sur lesquels elle se fonde ne subissent aucune atteinte par la dissolution du mariage.

634. — Mais, dira-t-on, si la puissance paternelle ne peut ici s'éteindre d'une manière absolue, elle peut, du moins, être attribuée à celui des époux auquel la garde est confiée ; l'enfant sera absolument protégé.

(1) Req., 1^{er} août 1883, S. 84, 1, 116.

(2) Laurent, t. III, n° 294.

L'art. 302 réfute cette doctrine, en permettant de confier la garde à un tiers ; ce tiers ne pouvant avoir la puissance paternelle qui est attachée à la personne des père et mère, et la puissance paternelle subsistant, ainsi que nous l'avons montré, les deux époux la conserveront. Ils la conserveront concurremment si l'un d'eux obtient la garde, car il ne nous paraît pas possible, quoiqu'on ait prétendu le contraire (1), de faire une distinction entre deux hypothèses que l'article 302 met sur la même ligne.

Ce droit des deux époux est encore plus clairement indiqué dans l'article 372, qui spécifie que les père et mère auront tous deux les droits dérivants de la puissance paternelle.

635. — Nous croyons, dans tous les cas, cette doctrine beaucoup plus admissible que celle qu'on lui oppose et d'après laquelle c'est toujours le père qui aurait la puissance paternelle (2) ; on oublie que le père n'en a l'exercice que durant le mariage (art. 373).

636. — On reproche à notre doctrine d'occasionner des conflits : si, dit-on, vous accordez la puissance aux deux époux, l'un ne pourra plus rien faire, en vertu de cette puissance, que l'autre ne vienne immédiatement critiquer ; le droit de correction, notamment, ne pourra être exercé que du consentement des deux époux ; et l'on sait combien ce consentement est difficile à obtenir après un divorce.

637. — Cette objection, si elle était fondée, nous

(1) Poulle, p. 241.

(2) Demolombe, *Mariage*, t. IV, n° 511 ; — Carpentier, *Traité du divorce*, n° 391 ; — Trib. Louvain, 24 novembre 1877 ; *Belgique judiciaire*, 1878, p. 21.

déterminerait à abandonner notre système, car, quelle serait la sanction du droit de garde confié à l'un des époux s'il ne pouvait exercer seul la correction ?

Mais nous croyons que le tribunal peut, à son gré, limiter tous les effets de la puissance paternelle, et que la garde confiée à l'un des époux ou à un tiers emporte le droit de correction. Nous avons montré, en effet (1), quel lien indivisible unit ces deux droits : l'un ne pouvant exister sans l'autre, la loi, en permettant de déléguer le premier, y a, par là même, ajouté le second. L'exercice de la puissance paternelle qui, durant le mariage, appartient au père, sera donc délégué à celui qui aura la garde; mais la puissance paternelle continuera à appartenir aux père et mère qui en reprendront l'exercice après la cessation de la délégation, et qui, à l'aide de leur droit de surveillance, veilleront à ce que cette délégation ne donne lieu à aucun abus.

638. — Nous croyons aussi que la personne, quelle qu'elle soit, chargée de la garde, a tous les droits qui en dépendent, notamment celui de consentir à l'engagement militaire du fils.

Le tribunal de la Seine (2) a, sur ce point, adopté une solution qui nous paraît bizarre, en décidant que, si le père refuse sans motif de consentir à l'engagement militaire, la mère peut le faire, *surtout* si elle a la garde.

Le tribunal de la Seine pense donc, tout en considé-

(1) V. n° 620.

(2) Trib. Seine, 29 octobre 1886 : *France judiciaire*, 87, 2, 104; *Journal de proc.* 1887, art. 1221, p. 494.

rant la question comme douteuse, que la mère a ce droit, même si elle n'a pas la garde ; il croit aussi que le père doit, en toute hypothèse, être consulté : ce sont là deux idées certainement erronées.

639. — Peut-être la loi eût-elle évité les difficultés que nous venons d'indiquer, en décidant que le divorce donnerait ouverture à la tutelle, laquelle aurait été déférée par le conseil de famille. L'article 390 montre que, dans l'état actuel des époux, la tutelle ne s'ouvre que par la mort de l'un des époux, et l'article 302, en organisant la garde, le prouve encore davantage.

640. — Nous ne ferons que signaler la disposition de l'article 304 qui réserve aux enfants, en cas de divorce, les avantages qui leur étaient assurés sur les biens de leurs père et mère. C'est un simple rappel des principes du droit commun et, par suite, elle s'applique aussi bien à la séparation de corps qu'à la conversion.

641. — Nous ne dirons rien non plus du droit que la séparation de corps ou le divorce donnent au mari de désavouer l'enfant né trois cents jours après l'ordonnance qui assigne à la femme une résidence séparée. La conversion succédant à la séparation de corps ne fait que maintenir la situation d'où naît la présomption servant de base à l'article 313.

642. — Toutefois, après les trois cents jours qui suivent la conversion, un désaveu n'est plus nécessaire. La nécessité du désaveu est, en effet, fondée sur l'idée que le mari, en ne réclamant pas, reconnaît que l'enfant est né de ses œuvres, et, par suite, est légitime, puisqu'un rapprochement constitue une réconciliation et met fin à la séparation de corps. Il n'en est plus de même, une fois le divorce prononcé ; la réconciliation

ne pouvant mettre fin à une situation qu'un second mariage seul peut faire cesser (art. 295), l'enfant, en le supposant né du mari, n'en sera pas moins illégitime. Le mari lui-même ou ses héritiers n'auront donc qu'à recourir à la contestation de légitimité (art. 315). La principale différence qui sépare cette action de l'action en désaveu, c'est que la réunion de fait n'y met pas obstacle, et qu'au lieu d'être limitée au délai d'un mois, elle peut être intentée pendant trente ans (1).

(1) Le premier point résulte de ce que nous venons de dire. — Voir conf. sur le second : Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, § 45 *bis*, note 49, p. 62.

APPENDICE

Dispositions transitoires.

643. — En admettant concurremment le divorce et la séparation de corps, les lois de 1884 et de 1886 ont dû se préoccuper de deux situations spéciales que les dispositions nouvelles n'avaient pas réglées : la séparation de corps prononcée avant ces lois ne devait-elle pas pouvoir être convertie en divorce? La procédure en séparation de corps, commencée sous l'ancienne législation, ne devait-elle pas pouvoir se continuer sous forme de procédure en divorce? Ces deux questions appelaient une solution affirmative, même si la conversion proprement dite, celle qui fait l'objet de ce travail, n'avait pas été possible. Car, si l'on peut reprocher au demandeur en séparation, qui réclame ensuite le divorce, de n'avoir pas immédiatement pris un parti définitif, la même objection ne peut pas être faite à celui qui, n'ayant devant lui qu'un seul remède, a évidemment dû s'en contenter.

644. — C'est pour ce motif que nous approuvons la Commission du Sénat d'avoir réglé à part les deux hypothèses dont nous parlons, au lieu de les fondre dans l'article 310, comme on l'avait proposé (1). Si on abrogeait même, ainsi que nous le désirons, la conversion, comme institution générale, il serait indis-

(1) Par M Griffe.

pensable de la mettre, tant que le divorce subsistera, à la disposition du demandeur dans les deux cas transitoires dont nous parlons (1).

645. — Il est facile de voir que ces deux cas ne diffèrent pas moins entre eux : l'un est une véritable conversion de séparation de corps en divorce, l'autre une simple conversion d'instance.

§ 1. — INSTANCES TERMINÉES AVANT LA LOI DE 1884.

646. — L'article 4, § 3, de la loi du 27 juillet 1884 permettait déjà de convertir les séparations de corps prononcées sous l'empire de la loi de 1816, qui n'admettait pas le divorce.

Cette disposition est abrogée par l'article 6, § 4, de la loi du 18 avril 1886 qui fait en même temps disparaître une controverse.

647. — On se demandait s'il était nécessaire que la séparation de corps fût prononcée depuis trois ans, au moins, pour que la séparation pût avoir lieu.

Il faut avouer qu'en législation on aurait pu invoquer de sérieux motifs pour supprimer ce délai, puisqu'ainsi que nous venons de le montrer, le demandeur en séparation n'a pas à se reprocher de n'avoir pas demandé le divorce.

Néanmoins, les termes généraux du renvoi à l'article 310, contenu dans l'article 4, § 3, de la loi de 1884, interdisaient une telle solution qui se trouvait également en

(1) C'est pourtant ce caractère rétroactif de l'article 310 qui a été le plus attaqué au Sénat, notamment par MM. Lucien Brun et Jules Simon, séances des 7 et 25 juin 1884, *Journal off.* des 8 et 26 juin. Débats parlementaires, Sénat, pp. 1053 et 1175.

désaccord avec les travaux préparatoires : une proposition tendant à supprimer, sur notre question, la nécessité du délai de trois ans, après avoir été adoptée par la Chambre, et, en première délibération, par le Sénat, disparut dans les Commissions. Aussi, la jurisprudence et la doctrine étaient-elles d'accord pour exiger le délai de trois ans; et la loi de 1886 a formellement consacré cette solution (1).

648. — On a soutenu que la disposition que nous étudions n'est pas une atteinte à la rétroactivité, et qu'elle aurait dû être consacrée par la jurisprudence, même en l'absence de texte (2). C'est avec raison, selon nous, que le contraire a été proclamé au Sénat en 1884 (3) et à la Chambre en 1885 (4), où l'on a cité l'exemple d'un mariage contracté au moyen de dispenses par un beau-frère et une belle-sœur que n'annulerait certainement pas une prohibition postérieure. On dit en vain que les lois d'ordre public rétroagissent; le divorce est d'ordre public comme institution; mais c'est dans leur intérêt privé que les parties en usent. L'ordre public n'est donc pas blessé si, con-

(1) Trib. Seine, 16 août 1884; *Gazette des Tribunaux* du 17; *Droit* du 20; *Loi* du 29 septembre, S. 85, 2, 20; — Trib. Versailles, 28 août 1884; *Droit* du 30, S. 85, 2, 20; — Trib. St-Quentin, 20 août 1884; *Loi* du 24; — Pouille, p. 200; — St-Marc, n° 10; — Carpentier, n° 435; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 209. — V. également ce dernier auteur sur une distinction proposée par un jugement de Libourne, du 17 février 1885, entre le demandeur et le défenseur.

(2) Saint-Marc, n° 6; — Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 214.

(3) M. de Gavardi, Séance du 24 juin 1884, *Journal off.* du 25. Débats parlementaires, Sénat, p. 1196.

(4) M. Allou, Séance du 20 octobre 1885, *Journal off.* du 25, Débats parlementaires, Sénat, p. 1126.

formément au droit commun, on rejette l'effet rétroactif.

649. — Cette observation n'est pas purement théorique : elle nous conduit à rejeter l'effet rétroactif dans d'autres dispositions sur lesquelles la loi a négligé de s'expliquer, notamment dans celle qui assimile l'adultère du mari à celui de la femme (1).

§ 2. — INSTANCES COMMENCÉES AVANT LA LOI DE 1884.

650. — « Les instances en séparation de corps, pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884, peuvent être converties par le demandeur en instances en divorce. » (L. 18 avril 1886, art. 6, § 1.)

651. — Cette disposition, empruntée à l'article 4, § 1, de la loi du 27 juillet 1884, n'offre plus guère d'intérêt pratique, la plupart des instances commencées avant la loi de 1884 étant aujourd'hui terminées.

La loi de 1886, en assimilant à beaucoup de points de vue la procédure de la séparation à celle du divorce, lui avait déjà enlevé la plus grande partie de son utilité.

652. — Remarquons que cette faculté n'est accordée qu'au demandeur, parce qu'il doit être maître de déterminer l'objet de sa demande. C'est également lui seul

(1) Coulon et Faivre, *Manuel*, p. 55; — *Contrà*, Nancy, 12 novembre 1884, S. 85, 2, 84; — Pau, 28 mars 1887; *Recueil du divorce*, 1887, p. 105; — Trib. Versailles, 29 janvier 1887; *Droit* du 5; — Trib. Seine, 23 juillet 1885; *Gazette du Palais*, 85, 2, 223; — Poulle, p. 108; — Botton et Lebon, p. 172; — Frémont, n° 979; — Baudry, *Du divorce*, p. 20, et *Précis de Droit civil*, t. I, 2^e édit., n° 675; — Vraye et Gode, sur l'art. 230, p. 93.

qui, en appel (art. 6, § 2), peut réclamer la conversion (1).

653. — Il n'est pas nécessaire qu'il ait fait cette demande dès la promulgation de la loi de 1884 ; il jouit de cette faculté, la loi ne lui ayant imposé aucun délai (2), tant que l'instance n'est pas terminée. On considérera comme instance terminée, au point de vue qui nous occupe, celle dans laquelle aura été rendu l'arrêt d'appel (3).

En vain, dira-t-on que, tant que tous les délais de recours ne sont pas expirés, l'instance continue à subsister. S'il en était ainsi, la loi aurait permis de transformer l'instance, même en cassation.

654. — Il est facile de déterminer le rôle du tribunal après la transformation de l'instance : il ne peut que statuer sur les nouvelles conclusions, sans avoir le droit de s'attacher aux anciennes et de prononcer la séparation de corps (4) ; nous avons déjà signalé cette solution qui ne nous paraît pas faire de doute.

655. — La Cour d'appel statuera également *de plano* si la transformation se fait en appel : si, en effet, elle renvoyait les parties devant le tribunal, la loi qui veut que la procédure en divorce soit suivie depuis le der-

(1) Paris, 27 mai 1886, *Journal de proc.* 1886, art. 4177, p. 315.

(2) Besançon, 25 mars 1885, S. 86, 2, 180 ; — Seine, 3 juin 1885 ; *Droit* du 7 ; — Riom, 4 août 1885 ; *Journal de proc.* 1886, art. 4094, p. 42.

(3) Paris, 12 août 1885, S. 87, 2, 135 ; — Trib. Seine, 29 août 1884, S. 85, 2, 22.

(4) Cass., 30 juin 1886, S. 86, 1, 401, D. 87, 1, 60 ; *Journal de proc.* 1886, art. 4227, p. 513 ; — Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 709, S. 86, 1, 401.

nier acte, ne serait plus exécutée puisqu'on recommencerait une partie de la procédure (1).

636. — Un arrêt de la Cour de Toulouse prétend que la conversion d'instance dont nous venons de traiter est possible, non pas seulement dans le cas transitoire réglé par l'article 6, mais en toute hypothèse (2). Elle tire, en ce sens, un argument de l'article 239, § 2, qui permet la conversion de l'instance de divorce en instance de séparation.

637. — La fausseté de cet argument n'est pas à démontrer (3) : c'est par une violation des règles de la procédure que l'article 239, § 2, permet une telle transformation ; on peut la juger équitable parce qu'elle est autorisée pour favoriser le maintien du lien matrimonial ; mais on n'en saurait évidemment tirer argument pour créer une dérogation au droit commun aussi formelle que difficile à justifier.

638. — Un second cas de conversion d'instance est prévu par l'article 7 de la loi du 18 avril 1886, aux termes duquel les instances commencées sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884 doivent se continuer suivant la procédure organisée par la loi du 18 avril 1886.

639. — Ici, comme dans l'hypothèse précédente, l'instance commencée est celle où l'arrêt d'appel n'est pas prononcé. Il n'est nullement nécessaire, pour que l'instance soit terminée, que la prononciation ait été faite par l'officier de l'état civil. Si la Cour d'appel a admis le divorce, ou si le jugement a acquis, par l'expiration du délai d'appel, force de chose jugée, la pro-

(1) Bourges, 17 novembre 1884, D. 85, 2, 195.

(2) Toulouse, 7 juillet 1886, S. 86, 1, 209.

(3) Labbé, S. 86, I, 401.

nonciation du divorce sera faite, suivant les formes anciennes, par l'officier de l'état civil, et on ne pourra pas se contenter d'une simple transcription (1). C'est en ce sens que s'est prononcée la circulaire du Ministre de la Justice qui a suivi la promulgation de la loi de 1886 (2).

(1) Trib. Fontainebleau, 17 novembre 1886; *France judiciaire*, 87, 2, 402, S. 87, 2, 221; *Gaz. Pal.*, 7 décembre 1886; — Sentence arbitrale (Nancy), 6 janv. 1887; *Recueil du divorce*, 1887, p. 81.

(2) Circ. Minist. du 22 avril 1886.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — DROIT ROMAIN

I. — A l'époque de la *manus*, le mari seul pouvait répudier sa femme ; celle-ci ne pouvait pas répudier son mari.

II. — A toute époque du Droit romain, on distingua deux sortes de divorces soumis à des règles différentes, le *repudium* et le *divortium bonâ gratiâ*.

III. — La *retentio propter liberos* et la *retentio propter mores* se cumulent.

II. — DROIT FRANÇAIS

I. — Le tribunal saisi d'une demande en conversion ne peut pas prononcer le divorce au profit de l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée.

II. — Le tribunal jouit, pour admettre ou rejeter la demande en conversion, d'un pouvoir discrétionnaire absolu.

III. — La femme mariée ne prend pas légalement le nom de son mari ; par suite, la question de savoir si le divorce lui fait perdre ce nom ne saurait se poser.

IV. — La procédure du divorce est en général applicable à la conversion.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I. — DROIT ROMAIN

I. — *L'infantia* cesse toujours à l'âge de sept ans.

II. — Le mariage romain ne se forme pas *solo consensu*.

III. — Le règle *dies incertus in testamento conditio-nem facit* ne déroge pas au droit commun ; elle ne concerne que la condition déguisée sous la forme d'un terme incertain.

IV. — Le contrat *litteris* n'exigeait d'écritures que de la part du créancier.

II. — DROIT CIVIL

I. — On peut stipuler dans le contrat de mariage que la femme administrera ses biens dotaux.

II. — Le locataire, pour dégager sa responsabilité en matière d'incendie, peut prouver un fait quelconque établissant que le sinistre ne lui est pas imputable.

III. — La séparation des patrimoines n'est pas un véritable privilège.

IV. — La donation déguisée est nulle.

III. — PROCÉDURE CIVILE

I. — Dans les cas prévus par l'art. 69 du Code de procédure, il n'est pas nécessaire que le visa donné par la personne qui a reçu copie soit mentionné sur l'original.

IV. — DROIT COMMERCIAL

I. — En cas d'assurance pour le compte *de qui il appartiendra*, l'action en indemnité doit être intentée par la personne qui est propriétaire des marchandises au moment du sinistre.

V. — DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — Le tribunal français, saisi d'une demande d'*exequatur* d'un jugement étranger, a le droit de reviser cette décision au fond lorsqu'elle est rendue contre un Français.

VI. — ENREGISTREMENT

I. — L'impôt sur le revenu des valeurs mobilières n'est soumis qu'à la prescription de trente ans.

<i>Vu par le Doyen,</i>	<i>Vu par le Président,</i>
COLMET DE SANTERRE.	A. BOISTEL.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. — PERSONNES QUI PEUVENT DEMANDER LA CONVERSION ET CAPACITÉ REQUISE.....	23
SECTION I : Des personnes qui peuvent demander la conversion.....	25
§ 1. — Époux.....	25
§ 2. — Ayants cause des époux.....	36
I. Cessionnaires et créanciers.....	36
II. Héritiers.....	39
SECTION II : De la capacité requise pour intenter l'action en conversion.....	51
§ 1. — Femme.....	53
§ 2. — Mineur.....	56
§ 3. — Interdit judiciaire.....	58
§ 4. — Individu pourvu d'un conseil judiciaire.....	64
§ 5. — Interdit légal.....	66
§ 6. — Absent.....	70
APPENDICE A LA SECTION II : Sanction des incapacités....	72
CHAPITRE II. — Conditions exigées pour la conversion et pouvoirs des tribunaux.....	75
SECTION I : Première condition. Séparation..	75
SECTION II : Deuxième condition. Délai.....	79
§ 1. — Calcul du délai.....	81
I. Point de départ.....	83
II. Point d'arrivée.....	86
§ 2. — Prescription.....	88
§ 3. — Dans quel cas le délai de trois ans est-il exigé?	90

SECTION III : Pouvoirs des tribunaux.....	95
§ 1. — Sens apparent de l'article 310.....	95
§ 2. — Sens réel de l'article 310.	99
§ 3. — Jurisprudence.....	111
I. Gravité des faits....	114
II. Demande en conversion formée par l'ancien défendeur....	117
III. Faits nouveaux	120
IV. — Au profit de qui la conversion peut être prononcée....	123
§ 4. — Rôle de la Cour de cassation.....	130
§ 5. — Critiques dirigées contre le pouvoir des tribunaux; — Modifications proposées.....	134
SECTION IV : Conditions supprimées par la loi du 27 juillet 1884.....	138
CHAPITRE III. — PROCÉDUDE EN MATIÈRE DE CONVERSION.....	141
SECTION PRÉLIMINAIRE. La procédure du divorce s'applique-t-elle à la conversion ?	141
§ 1. — Sous l'empire du Code civil.	141
§ 2. — Sous la nouvelle législation.	148
SECTION I : De la compétence.....	154
§ 1. — Quel est le tribunal compétent ?	154
§ 2. — Comment se couvre l'incompétence?.....	160
§ 3. — Quand cesse la compétence du Tribunal?.....	163
SECTION II : Détail de la procédure en matière de conversion.....	166
§ 1. — Procédure devant le président du tribunal.....	166

I. Première ordonnance..	166
II. Deuxième ordonnance du président.....	178
§ 2. — Procédure devant le Tri- bunal.....	185
I. Forme dans laquelle le tribunal doit procéder.	185
II. Preuve des faits invo- qués.....	191
III. Fins de non-recevoir..	199
IV. Demandes reconven- tionnelles.....	201
§ 3. — Des voies de recours....	203
I. Opposition.....	203
II. Appel.....	206
III. Pourvoi en cassation..	215
IV. Requête civile.....	218
§ 4. — De la transcription et de la publicité de la conversion.	219
I. Publicité.....	219
II. En quoi consiste la trans- cription.....	222
III. Par qui est faite la transcription.....	223
IV. Sur la réquisition de qui et dans quel délai.	224
V. Sanction de la trans- cription.....	227
SECTION III : Des mesures provisoires.....	232
§ 1. — Autorités chargées de prononcer les mesures provisoires.....	232
§ 2. — Quelles sont les mesu- res provisoires ?...	234
§ 3. — Durée des mesures pro- visoires.....	237
SECTION IV : La procédure de la conversion est-elle obligatoire ?.....	238
CHAPITRE IV. — DES SUITES DU JUGEMENT QUI REJETTE LA CON- VERSION.....	245

SECTION I : Frais de l'instance.....	245
SECTION II : Renouvellement de la demande.	245
CHAPITRE V. — DES SUITES DU JUGEMENT QUI ADMET LA CONVERSION.....	249
SECTION I : Des frais de l'instance.....	250
SECTION II : A quelle époque remontent les effets de la conversion.....	253
SECTION III : Effets de la conversion quant aux biens des époux.....	255
SECTION IV : Effets de la conversion quant aux personnes des époux....	279
§ 1. — Second mariage.....	280
I. Délai de viduité.....	280
II. Mariage de la femme avec son complice..	285
III. Faculté accordée aux époux de se remarier entre eux.....	288
§ 2. — Changement de domi- cile.....	297
§ 3. — Nom.....	298
§ 4. — Des droits et des devoirs qui existent entre les époux.....	304
SECTION V : Effets de la conversion quant aux relations de famille.....	319
SECTION VI : Effets de la conversion quant aux enfants.....	321
APPENDICE. — DISPOSITIONS TRANSITOIRES.....	333
§ 1. — Instances terminées avant la loi de 1884...	334
§ 2. — Instances commencées avant la loi de 1884.	336

